



UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA

FACULTAD DE DERECHO

REVISTA
DERECHO
ULC

2019

PRIMERA EDICIÓN

TACNA - PERÚ



REVISTA DERECHO

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA S.A.C.

VOLUMEN 1 | NUMERO 1 | AÑO 2019

La Revista DERECHO ULC de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana CIMA, es una revista de publicación semestral que busca otorgar un espacio a la comunidad académica, tanto regional como nacional, donde se podrá publicar artículos científicos de carácter jurídico, pues este se ceñirá en torno a los lineamientos de investigación de la Universidad, como son Derecho y Justicia, generándose contenidos ampliamente trascendentes para los miembros de la comunidad académica y universitaria. La colección de artículos científicos de cada edición son aportes principalmente de juristas de renombre a nivel nacional, docentes miembros de la Universidad Latinoamericana CIMA. Todos ellos por medio de la colaboración de sus artículos científicos de carácter jurídico.

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR DE EDICIÓN

Mgr. Omar Pezo Jiménez

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Herminia Sarmiento Chambi
Mgr. Fredy Reynaldo Leon Huayanca
Mgr. Jesus Atahuasi Chaparro
Mgr. Enlil Iván Herrera Pérez

CORRECTOR DE ESTILO

Mgr. Miguel Ángel Flores Céspedes

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA
RUC: 20532857083
Dirección: Av. Miraflores S/N – Tacna
Editado por : Pezo Jimenez Omar
Telefono: 052 – 412140
Correo electrónico : DERECHOULC2@hotmail.com
VOL N° 1 JULIO – DICIEMBRE – 2019
Validado por Vicerrectorado de Investigación ULC
Sistema URKUND – Antiplagio

Todos los Derechos son Reservados

Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos contenidos en la presente revista sin la autorización previa por medio escrito de los autores



REVISTA DERECHO

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA S.A.C.

ÍNDICE

3	42
APROXIMACIONES A LA PRUEBA DIGITAL	EL PLAGIO COMO CONDUCTA QUE VIOLENTA LA ÉTICA PROFESIONAL E INFRACCIONA LOS DERECHOS DE AUTOR
----- Francisco Celis Mendoza	----- Jesús Atahuasi Chaparro
9	50
PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO - EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO	RECUPERACIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS LENGUAS ORIGINARIAS EN EL PERÚ
----- Manuel Guido Vicente Aguilar	----- Herminia Sarmiento Chambi
17	54
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REGIÓN DE TACNA	LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL PERUANO
----- Edward Percy Vargas Valderrama	----- Omar Pezo Jiménez
27	60
LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	RESPONSABILIDAD CIVIL Y EFICIENCIA: APUNTES SOBRE COSTOS DE TRANSACCIÓN
----- Devora Coasaca Salcedo	----- Enlil Iván Herrera Pérez
37	66
ESTANDAR PROBATORIO DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACION ¿QUE TIPOS DE DAÑOS SE LESIONAN?	ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA, COMO INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA CIUDADANA
----- Carlos Alberto Copaja Zuñiga	----- Rolando José Balarezo Plata

APROXIMACIONES A LA PRUEBA DIGITAL

APPROXIMATIONS TO DIGITAL TEST

Francisco Celis Mendoza Ayma

SUMARIO

- 1.- NOCIONES PREVIAS
- 2.- LA DIMENSIÓN DIGITAL
- 3.- PRUEBA DIGITAL
- 4.- PRUEBA DIGITAL ILEGÍTIMA
- 5.- JURISPRUDENCIA Y PRUEBA DIGITAL ILEGÍTIMA

1.- NOCIONES PREVIAS

Asistimos a un escenario de impresionante avance tecnológico, de profusión de la información digital, que se extiende en todos los ámbitos. Así, el uso de la moneda digital, las ciberguerras, hackers, virus, la tecnología de los dispositivos digitales, etc., se dispara exponencialmente. En nuestro entorno se difunde la implementación del «expediente judicial electrónico» con la consigna de «cero papeles». Pero, debemos conocer las ventajas y riesgos de esta tecnología de información digital, dado lo común y generalizado que se ha hecho el uso de dispositivos electrónicos, como computadores, tablet, teléfonos móviles, cámaras de video, dispositivos USB, filmadoras, etc.

El impacto de la información digital se ha puesto

de manifiesto en recientes investigaciones de impacto mediático. Así, son fuentes de prueba digital los registros de intervenciones telefónicas, correos electrónicos, WhatsApp, Telegram y Facebook Messenger, que dieron lugar al conocimiento de casos como: «Lescano», «Cuellos Blancos», «Odebrecht», «Petroaudios», chats «Mototaxi» y «La Botica», etc. todos asociados con prueba electrónica.

Pero, aún el prevalente paradigma inquisitivo tiene al imputado como objeto de investigación, y centra su interés en la información que pueda proporcionar de propia voz, cualquiera sea la forma como se obtenga: «contrainterrogando», «lectura de su declaración previa», «colaborador eficaz», etc. Ese no disimulado interés en considerar al imputado como objeto de investigación –propio del autoritarismo–, no presta

¹ Posicionamiento con el que se define la localización de un objeto espacial en un sistema de coordenadas y datos determinado.

² Análogo y digital se refiere a señales que se usan para transmitir información, generalmente a través de señales eléctricas. En estas dos tecnologías la información, audio o video, por ejemplo, se transforma en señales eléctricas. La diferencia entre señales análogas y digitales es que en la tecnología análoga la información se convierte en pulsos eléctricos de amplitud variada. Por otro lado, en la tecnología digital, la información es traducida hacia un formato binario (ceros y unos) donde cada bit es representativo de dos distintas amplitudes. (<https://difiere.com/la-diferencia-analogo-digital/>) 13 de marzo 2019.

³ Comunicación, registro, etc.

⁴ Dispositivo capaz de transformar las señales generadas por un aparato en señales comprensibles para otro.

⁵ Técnicas tan elementales como empaquetar un celular en papel aluminio, con la finalidad que la información que se tiene en el dispositivo digital no sea eliminada; o almacenar un disco CD o DVD en una caja específica para estos medios y no directamente en un sobre manila que se deteriorará en el expediente.

⁶ Una función criptográfica hash- usualmente conocida como «hash»- es un algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija. Independientemente de la longitud de los datos de entrada, el valor hash de salida tendrá siempre la misma longitud. Se utiliza en el área de la criptografía. Este tipo de funciones se caracterizan por cumplir propiedades que las hacen idóneas para su uso en sistemas que confían en la criptografía para dotarse de seguridad. Estas propiedades las hacen resistentes frente ataques maliciosos que intentan romper esa seguridad.

⁷ Precisa Neptune Rivera que: «En el proceso de examen forense de computadoras, primero se usa un valor hash para asegurar que la copia examinada no ha sido alterada. Se tomará un valor hash del disco duro original. Bajo protocolos, se hace una imagen del original. La imagen se utiliza durante el examen forense para preservar la integridad del original. Se toma un valor hash de la copia con imágenes antes de cualquier examen. Si los valores son iguales, la copia se tratará igual que el original. Si los valores son diferentes entonces la integridad de la copia se tratará igual que el original».

⁸ El Presidente del Tribunal Supremo, John Roberts, argumentó que los teléfonos celulares difieren cuantitativamente y cualitativamente de otros objetos en el bolsillo de una persona: «Los teléfonos celulares modernos no son solo otra conveniencia tecnológica. Con todo lo que contienen y todo lo que pueden revelar, sostienen para muchos estadounidenses "las privaciones de la vida"». El hecho de que la tecnología ahora permita que un individuo lleve esa información en su mano no hace que la información sea menos digna de la protección para la cual los fundadores lucharon».

atención ni la importancia que corresponde, a la información digital para configurar un proceso cognitivo.

Es urgente un cambio paradigmático para el aprovechamiento y manejo de la información digital, pues no existe actividad humana que de manera directa o indirecta no esté vinculada a registros, archivos, etc. digitales. Por eso, en cualquier tipo de delito, sea un homicidio, robo, etc., con seguridad se puede asumir que autor o víctima portaban un teléfono móvil, con información digital significativa para la investigación del caso, pero no aprovechada por nuestra ceguera digital que nos determina a una investigación de registro analógico de información.

Los inquisitivos de siempre pretextaran que se requiere de alta tecnología y que las instituciones vinculadas a la persecución del delito no están dotadas de esta; pero son solo pretextos, pues la tecnología digital inunda cotidianamente todas nuestras actividades en cada ámbito de nuestras vidas, pues el uso de aplicativos y técnicas de comunicación, hoy elementales, se ha generalizado.

2.- LA DIMENSIÓN DIGITAL

La dimensión digital está presente en todos los aspectos de nuestra vida, pero no somos conscientes de esa dimensión «desconocida» para muchos, ya que el paradigma de la información analógica nos tiene paralizados y hemos devenido en «analfabetos» digitales, cómodos en el confort del registro de papel o de la información analógica.

Sin embargo, es constatable que «todo el mundo» porta un teléfono móvil (celular); niños, adolescentes, adultos y adultos mayores lo hacen, estando conectados gran parte del tiempo vital a un teléfono celular, u otro dispositivo digital almacenando información, voluntaria e involuntariamente, con registro de mensajes de texto, mensajes de voz, fotos, etc. Resulta que, hasta las mascotas, tienen localizadores que se enlazan remotamente con los teléfonos móviles. Un dato real, estadísticamente comprobado, es que las personas poseen más teléfonos celulares que computadoras. La consecuencia es que el celular se erige en un instrumento tecnológico que registra datos personales íntimos y vitales de la vida de una persona. Cobra centralidad el almacenamiento de esta información, pues estos datos son significativos en la reconstrucción de un evento delictivo.

En el teléfono inteligente (smartphone) se almacena información que el portador registra voluntariamente para sus fines personales, situaciones cotidianas como la hora de almuerzo, fotos de este, paseos, selfies, estados emocionales, preferencias, gustos, modas, relaciones amorosas, tendencias, etc. Pero, también se guarda información registrada involuntariamente, registrada por defecto por las aplicaciones del equipo móvil (permisos necesariamente otorgados a la aplicación para que funcione), como el registro de la geolocalización¹ del portador del celular, registro de desplazamientos (rutas), tiempo de uso del teléfono y de inactividad, etc. El almacenamiento de esta información ha crecido exponencialmente con las redes sociales –WhatsApp, Facebook, Twitter, etc.- aplicadas en los smartphone, que registran situaciones, vivencia, hechos, comunicaciones, imágenes, de una persona. Esta información es útil para la reconstrucción de los sucesos en que intervino el portador del celular.

Sin embargo, esa información digital registrada es altamente sensible por su carácter personal e íntimo y genera una alta vulnerabilidad a la privacidad del portador del celular. Bien se afirma que el teléfono celular tiene más información privada que el propio domicilio de la persona. Por esa razón, se debe ser consciente del riesgo de que esa información devenga en prueba ilegítima por el mal procesamiento en su obtención o producción.

La difusión pública de esa información digital –íntima, privada- expone a las personas en general y puede ser utilizada con fines extorsivos; es frecuente su uso para la difusión pornográfica, o la comisión de chantaje, extorsión, difamación, etc. También puede servir para fines de ejercer presión contra funcionarios públicos. Es de necesidad actual la difusión de medidas de ciberseguridad a los portadores de teléfonos celulares, y de otros instrumentos cibernéticos y sensibilizar a los operadores judiciales al respecto.

3.- PRUEBA DIGITAL

Particularmente, en el proceso penal, el océano de información digital disponible no es aprovechado adecuadamente. Solo por considerar la información que produce el uso de aparatos electrónicos de uso generalizado, como los teléfonos inteligentes con registros de voces, mensajes, fotografías, localizadores, etc. estos guardan información que puede ser utilizada como prueba de la comisión de cualquier delito, al igual que otros dispositivos de registro digital. Esta

información tiene que ser obtenida y producida con aplicación de los conceptos del derecho probatorio.

Los conceptos y categorías del derecho probatorio como fuente de prueba, medio de prueba, actividad probatoria, valoración probatoria, etc. son de necesaria y directa aplicación, para la información digital. En efecto, estos conceptos y categorías son de aplicación para la obtención e incorporación de información (prueba) analógica, pues los principios probatorios son los mismos, solo con la singularidad del carácter digital de la información².

a) Fuente de prueba digital. La información digital que existe y se encuentra en un smartphone u otros equipos electrónicos, se incorpora para sus fines de comunicación, archivo, etc.³. No es información configurada para un proceso penal en concreto. La particularidad de esta información es que requiere de experticia para su recolección (obtención) y utilización como causa probable para la construcción de una imputación. En efecto, debe comprenderse dos elementos: i) un hardware, que corresponde a la parte física y visible de la prueba, como por ejemplo la cubierta de un smartphone, una memoria flash con puerto USB, etc. y ii) un software, que corresponde a archivos, metadatos electrónicos transformados por interfaces⁴; ambos -según sea el caso- pueden ser considerados como fuente de prueba material.

b) Medio probatorio. Esta información digital tiene que ser incorporada al proceso a través de un medio probatorio -procedimiento probatorio- con regulación procesal específica como prueba documental. Así se encuentra regulado en el artículo 185 del Código Procesal Penal, que considera como documentos a los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces y otros similares. Por tanto, la información digital almacenada en un equipo telefónico móvil, para efectos de un proceso penal, es considerada como prueba documental.

Empero, los problemas se presentan respecto a la forma técnica para obtener e incorporar esa información a un proceso penal. Claro está que, como toda prueba documental, debe ceñirse a lo reglado en el Código Procesal Penal, en cada una de las etapas del proceso; empero, dada su particularidad tecnológica puede presentar problemas aún no conocidos.

En la etapa de investigación, es de alto riesgo la obtención y preservación de la información digital, pues por ser volátil, efímera y manipulable, puede perderse o alterarse. Por tanto, es necesario observar técnicas adecuadas para su preservación y obtención⁵. En ese mismo escenario de las investigaciones preliminares se debe tener cuidado en no vulnerar derechos fundamentales como la intimidad y privacidad del titular del equipo electrónico; en efecto, esa información digital es altamente sensible solo en supuestos específicos puede ser autorizada judicialmente.

En la etapa intermedia el principal riesgo es que con frecuencia solo se ofrece meras capturas de pantalla o copias de archivos electrónicos sin aportar un medio para verificar su autenticidad con un valor hash⁶ en el desarrollo del juicio oral. El valor hash «es un identificador numérico único que se puede asignar a un archivo, un grupo de archivos, basado en un algoritmo matemático estándar aplicado a las características del conjunto de datos» (Neptune Rivera, Vivian, p. 112, 2017)⁷. Por eso es urgente su difusión y familiarización entre el aparato técnico de la organización policial.

Los valores hash modifican el concepto clásico de cadena de custodia, pues todos los archivos digitales tienen un valor hash individual. Por ejemplo, si un USB desaparece y un año después es encontrado, se tendrá que autenticar su contenido solo con los valores hash originalmente recabados, que es una suerte de «huella digital» del archivo digital.

Dado su alto contenido técnico se hace necesario que el ofrecimiento de la prueba digital se realice con información -metadatos, valores hash, etc.- que permitan su adecuada autenticación, y para ello se ofrezca la intervención del experto que participó en la obtención de la información preservando su identidad para su incorporación en juicio.

El principio de autenticación es central en la prueba digital pues no es suficiente la mera fotografía o el pantallazo. La autenticación exige destreza digital. En la etapa del juicio oral, el problema de su incorporación solo mediante la «lectura» de prueba documental, acarrearía problemas de autenticación, dada la falta de preparación de una actuación debida a través de la participación de un experto. Desde luego, esto tendrá directo impacto en la valoración probatoria.

4.- PRUEBA DIGITAL ILEGÍTIMA

El teléfono celular o cualquier otro dispositivo electrónico, puede contener información que corresponde al ámbito privado e íntimo del portador; en particular el celular contiene más información íntima que la que se tiene en el propio domicilio. Su portabilidad lo hace vulnerable a una exposición pública que afectaría a cualquier ciudadano. La justicia norteamericana en el caso *Riley vs. California*⁸, destacó que la información contenida en un celular está protegido por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Por tanto, para acceder a esa información digital se requiere consentimiento del titular del celular u orden de registro judicial.

Es un problema generalizado la difusión mediática de información que muchas veces corresponde al ámbito íntimo de las personas que por su rol social –futbolistas, personajes del espectáculo, etc.- son expuestas públicamente. Empero, esta práctica es la puerta de entrada para pretender normalizar la violación de la intimidad, del secreto de las comunicaciones, etc., con la justificación de la persecución de la corrupción u otros delitos de magnitud o mero impacto mediático.

Se debe tener mucho cuidado con no perjudicar esa información, pues de ser obtenida ilícitamente –delictivamente-, debe ser excluida del proceso. En ese orden, el afán de espectacularidad con la exposición inmediata de información que solo sería el punto inicial de la madeja de la investigación, perjudicará la obtención e incorporación de esa información digital en un proceso penal.

a) Derechos fundamentales comprometidos.

La protección del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones es un Derecho Humano y está previsto en el artículo dos de la Constitución Política. El sexto numeral de este artículo establece el derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. El numeral 7, el derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias; y también el numeral 10, que regula el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Pero no se trata solamente de conocerlos, sino de comprender e internalizar esos derechos, sobre todo en esta dimensión digital tan actual, que ha generado riesgos nunca antes advertidos en su real magnitud; peligros de sobreexposición de la privacidad del individuo que lo convierte a los ciudadanos en «hombres de vidrio» que, sobreexpuesto a la curiosidad o morbo y al

escarnio público, puede anularlo o destruirlo como persona.

Por esa razón se dimensiona la función de garantía del juez quien, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es el único atribuido para ordenar el levantamiento del secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos. En efecto, estas solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley, disponiendo expresamente que debe guardarse secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

b) Actividad probatoria y contenido esencial. El numeral 10 del art. 2 de la Constitución regula la exclusión -prueba ilegítima- de los documentos privados obtenidos con violación de este precepto, los cuales no tienen efecto legal. La exclusión de la prueba ilegítima está desarrollada en el art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece como contenido de la legitimidad de la prueba que: 1) todo medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; y 2) que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Por esa razón, la actividad probatoria se rige conforme a la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú (art. 155 del Código Procesal Penal) y su inobservancia da lugar a que el juez excluya las pruebas prohibidas por la ley. Conforme al art 159 del Código Procesal Penal, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Se debe obrar con cautela en la obtención de esa información digital, sin vulnerar los derechos fundamentales antes referidos para evitar que se configure prueba ilegítima y con ello se inutilice información significativa para la decisión jurisdiccional.

c) Requisitos y procedimiento. La intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles, están reguladas en el art. 230.1 del Código Procesal Penal. En efecto, para solicitar la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación,

deben concurrir tres presupuestos: i) existencia de suficientes elementos de convicción, ii) delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad; y iii) absoluta necesidad de la intervención para proseguir las investigaciones. En otras palabras, debe estar configurada una causa probable de un delito con pena superior a cuatro años y la intervención debe ser absolutamente necesaria.

Debe quedar claro que, para la autorización judicial se requiere causa probable, pues constituye un presupuesto expreso de la ley. En consecuencia, no se trata de hacer causa probable con la información que se obtenga con la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, sino que ya antes de formular el requerimiento, existe causa probable para solicitar la correspondiente autorización judicial.

5.- JURISPRUDENCIA Y PRUEBA DIGITAL ILEGÍTIMA

La violación de los derechos fundamentales en la obtención de información digital es bastante frecuente, con ello se incurre en prueba ilegítima y se hace inutilizable importante información digital que permitiría la construcción de imputaciones concretas de manera idónea, y con posibilidad de probarse en juzgamiento. La jurisprudencia se ha producido a nivel supranacional con decisiones de la Corte Interamericana y en el ámbito interno, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han emitido decisiones que remarcan la necesidad de tutela de los derechos fundamentales comprometidos.

La Corte Interamericana, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, precisó que:

(...) la Corte concluye que las interceptaciones y grabaciones de las conversaciones telefónicas objeto de este caso no cumplieron los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 de la Ley No. 9,296/96 y, por ello no estaban basadas en la ley. En consecuencia, al no cumplir con el requisito de la legalidad, no resulta necesario continuar con el análisis en cuanto a la finalidad y necesidad de la interceptación. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana, en relación con la obligación consagrada en el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Arlei José Escher, Daltón Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni (...)

En la justicia constitucional, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 1058-2004, ha precisado que:

(...) conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello de momento supone que la forma como se ha recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico (...). Se trata, pues en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de las personas ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio (...)

Y la máxima instancia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente No 677-2016, ha señalado:

(...) se tiene que los audios difundidos en el programa "Cuarto Poder" del día cinco de octubre del dos mil ocho, así como todos los demás hechos públicos o no, cuyo contenido fueron las conversaciones entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, han sido producto del delito de Violación del Secreto de las Comunicaciones –Intercepción Telefónica, cometido en agravio de ambos; y como tal, han sido obtenidos con violación del contenido esencial de su derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrado en el artículo segundo numeral décimo de nuestra Carta, constituyendo tales audios prueba ilícita (prueba prohibida) directa (...) en el presente caso la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad legal; en virtud de lo cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración, no solo por razones de orden constitucional glosadas precedentemente –que por sí solas resultan suficientes–; sino además por un imperativo de congruencia lógica y ontológica entre las decisiones jurisdiccionales (...)

Es óptimo que en la persecución de los delitos se utilice información digital, pero la obtención de esta debe realizarse sin afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En conclusión, la información digital que nos rodea ha adquirido una magnitud que hace presencia en todas nuestras actividades y hace necesario abandonar el viejo paradigma de manejo de información sensorial autoevidente, muy vinculado al autoritarismo inquisitivo, que aún sigue considerando al imputado como objeto de información, con justificaciones disimuladas. El nuevo paradigma da centralidad a este nuevo tipo de información digital, pues de lo que se trata es de configurar un proceso cognitivo. Empero, el riesgo

que se genera con la obtención de esa información para su incorporación al proceso, pone en tensión derechos fundamentales básicos vinculados con la intimidad y privacidad de las personas. En ese orden, se debe comprender los alcances de la prueba ilegítima, para evitar comportamientos que vulneren derechos fundamentales y perjudiquen información significativa para la decisión judicial. Concluimos con la cita de Vernor Vinge: «Tanta tecnología, tan poco talento».

PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO - EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

TEST PRINCIPLES IN THE PERUVIAN CRIMINAL PROCEDURE - AT THE JUDGMENT STAGE

Manuel Guido Vicente Aguilar

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO
- 3.- CONCLUSIONES

1.-INTRODUCCIÓN

Imaginémonos una Acusación cualquiera [congruente] cuyo contenido se encuentra debidamente motivado en donde se precisa los datos que permiten identificar al sujeto imputado,

a quien se le atribuye, de manera clara y precisa, un determinado hecho delictivo [con circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores]; que contenga además los elementos de convicción que fundamentan tal requerimiento acusatorio. La participación que se atribuye al

- ¹ Citado por Félix Tupayachi Pacheco quien a su vez ha recurrido a Jorge Rosas Yataco en "Esquema del Proceso Penal Peruano: Vigente y futuro" Primera Edición. Junio-2005. Jurista Editores.
- ² Exp. N° 00618-2005-HC, 08/05/05, p. fs.20. citado por La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.- Dialogo con la Jurisprudencia. Pág.182.
- ³ Citado por César San Martín Castro en su obra derecho Procesal Penal. Volumen I, Editorial Jurídica Grijley. Pág.114. quien a s vez cita a Jaén Vallejo, Manuel: "La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional, Akal, Madrid 1987, p. 19.
- ⁴ STC 111/1999, citada por Manuel Jaén Vallejo en: La Prueba en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. Marzo 2002 STC 111/1999. citado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y USAID Del Pueblo de los Estados Unidos de América. "la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Pág.9.
- ⁵ STC 8811-2005.HC, 29/11/05, S1, Fj.3, citado por Dialogo por la Jurisprudencia, "La Constitución en la Jurisprudencia del tribunal Constitucional.- Pág. 182.
- ⁶ TEDESCO, Ignacio F.: la Libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado, en HENDLER, Edmundo S. (comp.): Las garantías penales y procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p.33, citado por Cesar San Martín Castro en su obra Derecho Procesal Penal. Volumen I, Editorial Jurídica Grijley. Pág.90.
- ⁷ CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I. Publicaciones JTS. P 208.- citado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y USAID Del Pueblo de los Estados Unidos de América. " la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. pág. 11.
- ⁸ ROXÍN, CLAUS: La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.124, Citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones Generales del Derecho Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley. Pág. 91.
- ⁹ Citado por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA y USAID Del Pueblo de los Estados Unidos de América. " la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. pág. 11.
- ¹⁰ REVILLA GONZÁLES, JOSÉ ALBERTO: El interrogatorio del imputado, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.35, citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones Generales del Derecho Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley. Pág. 91.
- ¹¹ ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARIA: Prueba prohibida y prueba pre constituida. Triovium, Madrid, 1989, p.126. citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones Generales del Derecho Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley. Pág. 91.
- ¹² RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: El proceso Penal. Sexta lectura constitucional, Bosch, Barcelona, 2000, p.123. citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones Generales del Derecho Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley. Pág. 91.
- ¹³ MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch alternativa. Valencia 1997. P 143.
- ¹⁴ MAIR: Derecho Procesal Penal. Ckit. T. I pp 553-557, citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones generales del Derecho Procesal Penal.- Derecho Procesal Penal.- Editorial GRIJLEY. Vol. I. Pág. 123.
- ¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi. 2ª.- citado por Citado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y USAID Del Pueblo de los Estados Unidos de América. " la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. pág. 13
- ¹⁶ CASTILLO GONZALES, FRANCISCO. Op. Ult. P.p.26 ss. Véase también VELEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho... p.p. 191 ss. Citado por Daniel Gonzales Álvarez, Magistrado de Casación Penal y Profesor en Ciencias Penales.- Santiago de Chile. "la Oralidad como facilitadora de los fines principios y garantías del proceso penal".- Editado por EGACAL. Pág.3
- ¹⁷ CASTILLO GONZALES, FRANCISCO. Op. Ult., p.p. 26 ss. Véase también VELEZ MARICONDE, ALFREDO, Derecho...p.p. 191 ss. Citado por Daniel Gonzales Álvarez, Magistrado de Casación Penal y Profesor en Ciencias Penales.- Santiago de Chile. " La Oralidad como facilitadota de los fines principios y garantías del proceso penal".- Editado por EGACAL. Pág.3
- ¹⁸ SCHMIDT, EBERGARD, Los fundamentos... cit., p. 252,262, Citado por Daniel Gonzales Álvarez, Magistrado de Casación Penal y Profesor en Ciencias Penales.- Santiago de Chile. " La Oralidad como facilitadota de los fines principios y garantías del proceso penal".- Editado por EGACAL. Pág.3
- ¹⁹ Exp. N° 0023-2003-AI, 09/06/04, P. fs.49.
- ²⁰ Exp. N° 01243-2008-PHC/TC, 11/10/084.

sujeto imputado, la calificación jurídica [tipificación penal] y la pretensión Fiscal, esto es el quantum de la pena, el monto de la reparación civil, la forma en que se ha de hacer efectiva y a quién corresponde percibirlo; asimismo, que esta acusación ofrece los medios de pruebas para su actuación en la audiencia; esto es, a los testigos y peritos [con indicación del nombre y domicilio y de los puntos sobre los que debe versar sus declaraciones o exposiciones]; también una breve reseña de los demás medios de prueba que ofrece y, por último, en atención a la medida de coerción dictada, sostener la subsistencia o variación de la misma y que contengan otras exigencias previstas en el Artículo 349 del NCPP como ser, la indicación clara y precisa de que esta acusación puede ser alternativa o subsidiaria, indicando las circunstancias en que esto podría ocurrir y que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, como consecuencia de los debates orales.

También que se ha superado la audiencia de control, que se ha dictado el auto de enjuiciamiento (Artículo 353 del NCPP); que el Juez Penal Unipersonal o Juzgado Penal Colegiado ha dictado el auto de citación a juicio oral (artículo 355 del NCPP) y que los sujetos en el PERIODO INICIAL del Juicio han concurrido, se encuentran debidamente ubicados, finalmente se ha declarado “Aperturado los debates orales” y, como suele suceder en la práctica, luego de las alegaciones preliminares en que el Ministerio Público formula los cargos, lo mismo el actor civil, el tercero civil y el acusado quien enterado de sus derechos (Artículo 371 del NCPP) previa consulta con su abogado defensor no dio su conformidad de los cargos; o sea, que no admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil o que acepta los hechos pero cuestiona la pena y/o reparación civil, el Juez, previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate conforme a los supuestos dichos y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

Es a partir de ese momento en que se continúa con el PERIODO PROBATORIO, que también tiene varias fases pero un solo objetivo: la búsqueda de la verdad sobre los hechos.

“Tanto Alberto Binder como Martínez Ravé coinciden en señalar que el Juicio oral es la etapa principal y más importante del proceso penal, sea porque es allí donde se resuelve o redefine, de un modo definitivo – aunque revisable-, el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal o porque en esta etapa a través de la Audiencia

Publica se debaten oralmente por las partes no solo los hechos sino las pruebas aportadas para decidir de fondo sobre la responsabilidad del procesado es decir si se absuelve o se condena”

En efecto, la reconstrucción de los hechos debe ser comprobable y demostrable, que los hechos acreditados, mediante pruebas objetivas, dan lugar a resoluciones judiciales. La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

De manera que nos vamos a ocupar de la actuación probatoria propiamente dicha, teniendo como premisa mayor, los principios constitucionales aplicables a este periodo y el conjunto de incidencias que, espero constituyan una herramienta de apoyo, faciliten la tarea de todos los comprometidos en el adecuado funcionamiento del sistema acusatorio o adversarial, en juicio oral.

2.- PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO

Veamos cuáles son estos principios que intervienen en la Prueba en Juicio oral.

2.1. Principio de presunción de inocencia

Esta garantía fundamental consiste en que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (Conforme lo establecen las garantías del debido proceso, el literal e), inciso 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos “Toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad”).

“Esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser considerada inocente de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima”.

Subsecuentemente, el indiciado, imputado o acusado no puede ser tratado como culpable hasta que no exista una sentencia firme, ni está obligado a declarar, ni ser él, quien deba probar su inocencia. Como lo sintetiza el Tribunal Constitucional Español la presunción de inocencia es el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas..

Significa, además, que el Ministerio Público como

titular de la acción penal en los delitos deben tener claramente establecido “en cabeza” desarrollar una actividad probatoria de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda. (Artículo IV del Título preliminar del NCPP y artículo 159.4 de la Constitución Política del Estado).

“El derecho a la Presunción de Inocencia reconocido por el artículo 2.24. e) de la Constitución obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”.

Por su parte, la defensa no tiene la obligación a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral; sin embargo, si la defensa decide utilizar la facultad de presentar prueba de descargo o contraprueba, bien sea sobre los elementos del delito en discusión y/o sobre la responsabilidad del defendido o sobre su carácter o hábito, está sujeta a los mecanismos de controversia y confrontación y abre la ventana para que la Fiscalía, no solo utilice el contra interrogatorio y la impugnación de testigos, sino que presente evidencia frente a los hechos que la defensa pretende probar. Por lo tanto, es una herramienta que debe ser sopesada entre el valor probatorio para la teoría del caso y la fuerza del contradictorio que pueda exhibir el acusador.

2.2. El derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse

Como manifestación del derecho fundamental de defensa y del principio de inocencia, el indiciado, imputado o acusado tiene el derecho constitucional de no ser obligado a declarar (Artículo 371.3 del NCPP), de no auto incriminarse o declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (Artículo 163.2 y 165 .1 del NCPP).

“La libertad de declaración de un imputado, acota Tudesco, está configurada por dos caras contrapuestas: por un lado, el derecho que posee para hablar, el cual no es otro que el derecho a ser oído, fundamento del derecho de defensa y; por el otro, por su derecho para callar (el silencio), garantía que protege a cada persona contra toda obligación que implique, no importando de que manera, su auto incriminación”.

El indiciado, imputado o acusado está obligado a

comparecer, cuantas veces sea citado o conducido por orden judicial, pero esto no significa que deba declarar ni en la etapa investigativa ni en el juicio. Como dice Montero Aroca, “lo que surge es un “derecho al silencio”, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia, que implica que, en el proceso penal, no solo, no puede imponerse al acusado carga alguna relativa a su declaración; sino que, incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquel del ejercicio de su derecho al silencio”.

Surgen de este derecho dos privilegios: a) El del indiciado, imputado o acusado “a no declarar” y b) El de todo testigo “a no auto incriminarse o incriminar a su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad”. Constituye una garantía contra el testimonio incriminatorio compelido, como derecho personalísimo y como amparo al núcleo familiar más cercano.

La consecuencia a ese derecho es que el silencio no puede ser utilizado en su contra, no es indicio de culpabilidad, no significa ni asentamiento ni negación.

Pero, resulta que en el desarrollo de la etapa de Juzgamiento se dan varios supuestos. Sucede, por ejemplo, que el acusado, como producto de preacuerdos o alegaciones con el Ministerio Público, se compromete a declarar sobre unos hechos delictivos y luego se niega a declarar invocando el privilegio de guardar silencio. Chiesa recomienda que “lo procedente es dejar sin efecto la alegación preacordada y procesarlo por el delito correspondiente, pero no obligarlo a testificar so pena de desacato”.

Otro supuesto, en la audiencia preparatoria, la defensa enuncia que el acusado declarará en el juicio oral y al abrirse el juicio, este invoca el privilegio de permanecer en silencio y no declara. En este caso, prima la garantía constitucional antes que se produzca la declaración, ya que es una facultad íntima y exclusiva del acusado como parte de su derecho de defensa. Además, conforme al artículo 371.3 del NCPP obliga al juez a reiterar este privilegio al momento de iniciarse el juicio oral y permite el silencio del acusado sobre los hechos y sobre su declaratoria de inocencia o culpabilidad.

Otro supuesto, se da cuando el indiciado, imputado o acusado manifiesta su deseo de declarar y cuando lo está haciendo espontáneamente manifiesta su deseo de no

responder la pregunta, o deja sin respuestas determinadas preguntas. Ese hecho, como se tiene indicado precedentemente, “no significa ni asentimiento ni negación”, no se puede interpretar en contra del procesado porque “el silencio es una mera inexistencia de respuesta”; así lo ha declarado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Murria vs Reino Unido, de 8FEBRERO1996).

De lo dicho precedentemente, Roxín tiene distinta opinión comentando a la jurisprudencia germana, señala que “quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado; es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho y, sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones”.

Otro caso que guarda relación con el anterior, acontece cuando el indiciado, imputado o acusado ha renunciado al derecho a permanecer callado y rinde su testimonio mediante interrogatorio y en el momento de darse al fiscal la palabra para contra interrogar, invoca el privilegio de no auto incriminación. En Colombia “si ha renunciado al derecho y ha manifestado su versión de los hechos, le asiste el deber de contestar las preguntas vertidas en el contra interrogatorio, en aras de proteger el fin fundamental del proceso de obtener la verdad y de garantizar la igualdad de las partes en el debate”. Particularmente, considero en ponderación que siempre debe prevalecer su derecho a guardar silencio y de no incriminación.

También en juicio oral es común la preocupación del Ministerio Público que, a través de intensos interrogatorios, quieran conseguir que el indiciado, imputado o acusado se auto inculpe, al respecto “...el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha consagrado también el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (STEDH, Asunto Saunders Vs. Reino Unido, de 17/12/1996) este derecho significa, siempre siguiendo a Revilla Gónzales, “No solo es un simple derecho a no inculparse o emitir declaraciones admitiendo la participación delictiva o el reconocimiento de conductas punibles, sino una plena libertad de manifestación en cuanto a lo que saben o quieren expresar en relación con los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento. Puesto que, al no tener que declarar en su contra, se le está permitiendo dar una versión de los hechos que no les perjudique o más aún que pueda resultar provechosa para él, incluso con falta de sujeción a la verdad”. “El derecho a mentir” es interpretado por Acosta Mellado, que su

ejercicio no puede derivar consecuencias negativas para quien hace uso de él” .

Otro supuesto acontece cuando el indiciado, imputado o acusado manifieste su deseo de declarar cuantas veces quiera, pues él es quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso. Según Ramos Méndez “en primer lugar, que la voluntad de la declaración significa que lo que expone el imputado ante las preguntas de la autoridad judicial no es un verdadero interrogatorio, sino una declaración libre, por lo que es de rechazar el rótulo de “declaración indagatoria”. En tanto, la averiguación de la verdad no va más allá de lo que el imputado quiera declarar; y en segundo lugar, que no existe una verdadera confesión del imputado, en el sentido clásico del reo confeso, no tiene trascendencia para el cierre de la instrucción, a lo sumo la facilita.

También acontece en juicio oral que, como consecuencia de los debates orales, se solicite la confrontación o durante el interrogatorio se le pida al procesado el reconocimiento de documentos u objetos, para estos dos casos rige las mismas reglas dichas precedentemente, para todo debe prevalecer los derechos fundamentales previstos constitucionalmente para el indiciado, imputado o acusado cual es su derecho a guardar silencio y de no auto incriminación.

2.3.- Principio de legalidad

La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú (Cuarta disposición final y Transitoria constitucional) y como ejercicio de la función jurisdiccional (Artículo 139.3 constitucional) implica la sumisión al ordenamiento jurídico procesal. Este sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso (Artículo 139.3 constitucional) para el indiciado, imputado o acusado con sus garantías de tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial (Artículo 1.1.2 del Título Preliminar del NCPP).

Así los sujetos procesales pueden solicitar, conocer y controvertir las pruebas y es el Órgano Jurisdiccional quien decide su admisión mediante auto especialmente motivado, igualmente podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley [se trata de condicionar su procedencia y eficacia]. La Ley establecerá por excepción los casos en los cuales se admiten pruebas de oficio (artículo 155.2.3 del NCPP).

Las pruebas están sujetas a control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba, se puede limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución, la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren también está previsto en la Ley (Artículo 155 del NCPP).

El principio de legalidad determina además la interpretación normativa, otorgando prevalencia a los principios rectores y garantías procesales (artículo VIII del Título Preliminar del NCPP) sobre el resto del ordenamiento normativo y limitando el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas. Así, por ejemplo, la prueba de referencia, la declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, necesitan ser corroboradas para su valoración, solo así se podrá imponer una medida coercitiva o dictar sentencia condenatoria (artículo 158.2 del NCPP). En la legislación procesal penal colombiana, la prueba de referencia es una excepción a los principios de concentración e intermediación probatoria en el juicio oral y el propio código la consagra como de admisión excepcional).

Por el principio de legalidad, en nuestra legislación, se ha previsto que en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

2.4.- Principio de libertad probatoria.

Permite que la prueba de los hechos se realice, tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código Procesal Penal como por cualquier otro técnico o científico, que no vulnere los derechos humanos.

Este principio abre la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el Código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales.

Este principio guarda relación con lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, que toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, se busca salvaguardar que todo tipo de comunicación entre personas sean objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo. [En el Artículo 2.10 constitucional se establece que las

comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez con las garantías previstas en la ley].

2.5.- Principio de contradicción.

Como desarrollo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, este principio conlleva un doble derecho: a) El derecho a conocer de todos los actos de investigación y de prueba y b) El derecho a controvertirlos interviniendo desde su formación. (Artículo 1.2 del Título Preliminar NCPP).

El primer derecho se materializa para la defensa al estar informado y recibir de parte de la Fiscalía todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al defendido (Artículos 71.2, 155.3 del NCPP). El contenido esencial de ese derecho se encuentra, como señala Montero Aroca, “en que cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión”.

Por su parte Maier, expuso “ En primer lugar que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no solo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento; en segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas y en tercer lugar que este principio se extiende: 1° Al respeto a la integridad corporal del imputado; 2° El rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); 3° A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y 4° Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador”.

La convención Americana de los Derechos Civiles y Políticos – Artículo 8.2.f) incorporados a nuestra Constitución Política y Legislación Procesal Penal, impiden que haya prueba de cargo sin contradictorio de partes; es decir, sin la posibilidad del imputado o imputados o sus defensores de interrogar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal, de obtener la

comparecencia de testigos de cargo y descargo y de que estos puedan ser interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo, atribuciones que también extienden a otras personas que pueden arrojar luz sobre los hechos.

Por lo tanto, la contradicción exige:

1° Que no caben resúmenes de los actos de investigación, ni transcripciones parciales de las grabaciones, ni entrevistas o declaraciones mutiladas o parciales.

2° La defensa debe tener conocimiento pleno e íntegro de los actos de investigación y de los actos de prueba; este derecho no se manifiesta únicamente desde el descubrimiento de la prueba que se da en la audiencia de formulación de acusación, sino desde las audiencias preliminares donde se pretenda restringir los derechos fundamentales del indiciado o imputado como en la audiencia de control de legalidad de la captura o en la audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento; la omisión del descubrimiento o el descubrimiento parcial y amañado vulnera tanto el principio de contradicción como el de igualdad de armas, a parte de constituir una conducta antiética contraria a la lealtad procesal.

3° Otro derecho se manifiesta con la facultad de confrontación cuyas principales expresiones son: a) El contra interrogatorio, que puede involucrar la impugnación de testigos; b) Las oposiciones u objeciones a la admisibilidad de pruebas, a la declaración inicial, al interrogatorio y contra interrogatorio y a los alegatos de conclusión; c) El derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación y d) El ejercicio del derecho de impugnación cuando se inadmitan, excluyan o rechacen pruebas.

2.6.- Principio de inmediación

La inmediación es el contacto directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos y peritos. Como señala Muñoz Conde, "si no se cumple con esta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria y por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal"

El principio de inmediación establece que únicamente se estima como prueba la que reúne dos requisitos: a) Haber sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio y b) Ante el juez de conocimiento.

El principio de Inmediación establece que la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia..." Exp. N° 1934-2003-HC/TC. " (inmediación subjetiva o formal). En efecto, solo así el Juez o Tribunal se forma convicción del material probatorio que se ha producido en su presencia, junto con todos los demás sujetos procesales que deben estar presentes en el Juicio y a proceder a recibir en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad todos los elementos de prueba aceptados en el Juicio.

De otro lado, el Juez o Tribunal debe obtener el conocimiento y formar convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar entre todos los medios concurrentes (inmediación objetiva o material).

En el procedimiento mixto anterior, la prueba se practicaba en el sumario, a espaldas de la defensa y conservaba, según la jurisprudencia de la Corte, su pleno valor por el principio de permanencia. Con el nuevo sistema, la prueba solo se produce en el juicio oral. Antes no existe prueba sino actos de investigación que deben ser presentados y controvertidos públicamente en audiencia para que adquieran la categoría de prueba. La ley prohíbe, además, comisionar la práctica de pruebas, con el fin de asegurar la presencia del juez de conocimiento en ellas.

La inmediación trae excepciones como la prueba anticipada (Artículos 242-245 del NCPP).

2.7.- Principio de concentración y continuación.

La necesidad de que la prueba se forme ante el juez y el mismo juez, obliga a que la actuación se concentre en una sola etapa. En ella debe recaer toda la actividad procesal destinada a producir decisiones jurisdiccionales.

Según Castillo Gonzales, Francisco: "La concentración y la continuación exigen que el juicio oral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que recibe toda la prueba, formulan las partes argumentaciones y conclusiones sobre ella, deliberan los jueces y se dicta sentencia. Ello sirve para proteger el juicio; refuerza la creencia del pueblo en la justicia al garantizar una decisión rápida y posibilita una mejor investigación de la verdad".

La concentración está directamente relacionada con los sujetos procesales y a la percepción de

pruebas y la Continuidad a los actos procesales que deben realizarse en el juicio

En nuestra legislación procesal impone que en la actuación penal la práctica de pruebas y el debate argumentativo se realicen de manera continua y preferentemente en un mismo día. Se dispuso "Que instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueron necesarios hasta su conclusión" (Artículo 360.1 del NCPP). Sólo cuando circunstancias sobrevinientes de manifiesta gravedad impidan la continuidad de las audiencias y no exista alternativa alguna para su realización podrá el juez suspenderlas hasta que cese la gravedad.

La explicación de prevalencia de estos principios, radica en la prevalencia de otro superior cual es la oralidad, pues generalmente en juicio oral "...los debates son prolongados conllevan el peligro de que se olvide lo actuado, al no existir actas que transcriban literalmente (o interpreten) lo que han declarado los testigos y los peritos de donde debe concluirse que la posibilidad de retener el contenido de la prueba se debilita frente a la cantidad de intermedios e interrupciones, de ahí que deba vincularse al tribunal y a los sujetos del proceso en forma continua e ininterrumpida". Así lo comenta SCHMIDT, EBERGARD.

En el sistema mixto, que practican los actuales tribunales en liquidación, (año 2009) en donde se practica la oralidad y la escritura, la etapa de juzgamiento dura varios meses, y si sumamos las otras etapas podríamos decir que a veces duran años, en buena hora se ha reformado la justicia penal Peruana.

2.8.- Doble instancia.

Son principios y derechos de la función Jurisdiccional: ...La pluralidad de instancias (Artículo 139.6 de la Constitución).

Una Resolución del Tribunal Constitucional sentencio de la siguiente manera: "El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un

Juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y de esa manera se permita lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional".

En efecto, como garantía al derecho a solicitar y controvertir las pruebas en el proceso, los autos y sentencias que determinen sobre la admisibilidad de las pruebas y afecten la práctica de las mismas son susceptibles del recurso de apelación.

Como el fundamento del recurso, en la mayoría de los casos, se presenta en audiencia es indispensable que la defensa se percate que los hechos y decisiones que sirven de sustento a la apelación sean debidamente registrados en la audiencia v. gr. oposiciones, negación o exclusión de prueba. El registro es el fundamento de un recurso de apelación exitoso.

Pero también hay que tener en cuenta que "... tal derecho a la pluralidad de instancia no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, en este sentido que este Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la Instancia, cabe la impugnación". Ejemplo lo relacionado con la solicitud de nueva prueba, la Resolución es no recurrible (Artículo 373.2 y 3 del NCPP).

3.- CONCLUSIONES

1.- Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate contradictorio o adversarial en juicio oral.

2.- Los principios de la prueba enmarcan las facultades y derechos de todos los sujetos que intervienen en el proceso penal y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un Estado social de derecho.

3- Los principios de la prueba en juicio oral contribuyen a la satisfacción plena de las garantías del procesado y la realización del derecho sustancial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARIA: Prueba prohibida y prueba pre constituida. Triovium, Madrid, 1989.
 2. CASTILLO GONZALES, FRANCISCO. Op. Ult. P.p.26 ss. Véase también VELEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho... p.p. 191 ss. Citado por Daniel Gonzales Alvarez, Magistrado de Casación Penal y Profesor en Ciencias Penales.- Santiago de Chile. "la Oralidad como facilitadora de los fines principios y garantías del proceso penal". - Editado por EGACAL.
 3. MAIR: Derecho Procesal Penal. Ckit. T. I pp 553-557, citado por Cesar San Martín Castro.- Cuestiones generales del Derecho Procesal Penal.- Derecho Procesal Penal.- Editorial GRJLEY. Vol. I.
 4. MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch alternativa. Valencia 1997.
 5. MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi. 2ª.- citado por Citado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y USAID Del Pueblo de los Estados Unidos de América. " la Prueba en el Sistema PenalAcusatorio Colombiano.
 6. REVILLA GONZÁLES, JOSÉ ALBERTO: El interrogatorio del imputado, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
 7. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: El proceso Penal. Sexta lectura constitucional, Bosch, Barcelona, 2000.
 8. ROXÍN, CLAUS: La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2000
-

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REGIÓN DE TACNA

THE RIGHT TO PUBLIC INFORMATION IN THE TACNA REGION

Edward Percy Vargas Valderrama
Magister en Derecho Constitucional
Universidad Latinoamericana Cima

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL PERÚ
- 3.- ASPECTOS RESALTANTES EN LA NORMATIVA PERUANA
- 4.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN
- 5.- ROL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REGIÓN DE TACNA
6. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN

El presente estudio analiza los factores que están asociados al incumplimiento del derecho constitucional de acceso a la información pública en las diferentes instituciones públicas de la Región de Tacna durante el año 2017 - 2018. El estudio del derecho al acceso a la información pública reviste particular importancia en la actualidad en nuestra región, debido a los índices de incumplimiento de este derecho por parte de algunas instituciones públicas de Tacna. El presente estudio se concentró en identificar aquellos factores asociados al incumplimiento del derecho constitucional de acceso a la información pública en las instituciones públicas de Tacna 2017 - 2018 en la Defensoría del Pueblo Oficina Defensorial de Tacna.

Palabras Claves: Defensoría del Pueblo, acceso a la información pública, principio de publicidad, democracia, Administración Pública.

ABSTRACT

The present study analyzes the factors that are associated to the non - compliance of the constitutional right of access to public information in the different public institutions of the Region of Tacna during the year 2017 - 2018. The study of the right to access to public information covers Particular importance at present in our region, due to the indices of non-compliance of this right by some public institutions of Tacna. The present study focused on identifying those factors associated with the failure to comply with the constitutional right of access to public information in public institutions of Tacna 2014 - 2015 in the Office of the Ombudsman of Tacna.

Key word: Defensoría del Pueblo, access to public information, publicity principle, democracy, Public Administration.

1-INTRODUCCIÓN

Una de las características esenciales de un Estado democrático y constitucional es la transparencia en la administración y gestión de los asuntos públicos. Tal característica genera la obligación en los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre las decisiones que toman y también tiene como consecuencia que las personas puedan acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. De esta forma, los funcionarios y/o empleados públicos son gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía y, por ello, se encuentran expuestos a la fiscalización que la sociedad ejerce.

De ahí la importancia de lo dispuesto en el artículo 2° inciso 5 de la Constitución Peruana de 1993 reconoce el derecho de toda persona a solicitar sin

expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, que reconoce el derecho fundamental de acceso a la información pública. No obstante, en el Perú y específicamente en la Región de Tacna se constata que subsiste una antigua “cultura del secreto”.

Como resultado del trabajo conjunto del Estado y de la Sociedad Civil, surge la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada el 3 de agosto de 2002, y vigente desde enero del 2003. Esta norma legal desarrolla el derecho fundamental de acceso a la información pública y tiene como finalidad promover la transparencia en la gestión pública.

El no brindar información pública, la renuencia de

los funcionarios y/o empleados públicos a proporcionar información sin una justificación razonable, en la falta de respuesta a los pedidos formulados o estableciendo restricciones para su acceso. Esta situación no sólo es incompatible con la esencia de un régimen democrático, sino que ha tenido negativas consecuencias, pues ha permitido la existencia de poderes secretos y ocultos que han carecido de todo tipo de control y ha fomentado la corrupción en el país, y vulnera el Derecho al Acceso a la Información Pública. Por ello, resulta esencial el acceso a la información en poder de las entidades públicas, pues ello garantiza la transparencia en la actuación administrativa y permite que la ciudadanía esté informada de lo que acontece en el país. Defensoría del Pueblo (2005).

Al respecto, la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo del Estado, que tiene por mandato defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía y en su labor de supervisión a la Administración Estatal ha recibido durante el Período 2014 – 2015 diferentes quejas de los ciudadanos en contra de las Instituciones Públicas de la Región de Tacna por la vulneración al Derecho al Acceso a la Información Pública, lo cual dan cuenta que la mencionada “cultura del secreto” todavía permanece.

2.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL PERÚ

1.1 Estado constitucional, la información en poder del estado, transparencia y publicidad de los asuntos públicos.

A través del tiempo se han dado varios cambios sociales y políticos que han contribuido a formar lo que hoy en día llamamos un Estado Constitucional de Derecho, el cual es considerado actualmente el norte o la meta a la cual aspira llegar todo Estado, tal como lo afirma, Donayre, C. (2013): “El Estado Constitucional podemos definirlo fundamentalmente en base a tres elementos: la supremacía del texto constitucional, el control y la limitación del poder, y, finalmente, y no por ello menos importante, el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales.”

En este contexto debemos entender entonces que un Gobierno Democrático tiene como deber esencial asegurar el bien común de quienes conforman todo el Estado, es por ello que a fin de alcanzar este logro se han trazado caminos para que el Estado pueda cumplir con este objetivo.

El Estado es una de las instituciones que más actividades realiza dentro del Perú (legislación, gobierno, administración pública, administración de justicia, defensa nacional, relaciones exteriores, etc.); más personal ocupa (1 200 000 personas entre funcionarios y empleados) y más dinero utiliza como fruto de la recaudación tributaria y el endeudamiento público.

Esta gran actividad es regulada por la Constitución y las leyes y produce una gran cantidad de información que es de interés para la ciudadanía en general y que es vital para las tareas de control y fiscalización de dichas actividades.

En este sentido, los funcionarios y servidores públicos deben ser considerados como gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía, de esta manera, un Estado democrático debe poner a disposición de la ciudadanía en forma accesible todos los datos relacionados con la gestión de los asuntos públicos y reconocer el derecho de las personas a solicitar y obtener la información que obra en su poder. Así lo reconoce en el Perú, el artículo 2° inciso 5) de la Constitución.

Esta moderna concepción sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a la información del Estado, según el Departamento para la Gestión Pública Efectiva O.E.A. (2013), ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también en legislaciones de diversos países latinoamericanos, a este proceso de fortalecimiento de la democracia se ha sumado también nuestro país, habiéndose reconocido el derecho de acceso a la información pública en el artículo 2°, numeral 5) de la Constitución Política y específicamente en la Ley N° 27806.- Numeral 5° del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, Ley 27927.- Ley que Modifica la Ley 27806, D.S. 043-2003-PCM.- Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Pública, D.S. N° 072-2003-PCM.- Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, R.M. N° 200-2010-PCM. Que Aprueba la Directiva N° 001-2010-PCM/SG “Lineamientos para la implementación del portal de transparencia estándar en las entidades de la Administración Pública”, D.S. N° 070-2013-PCM que Modifica el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Decreto Legislativo N° 1353 (07.01.2017) que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública fortalece el Régimen de Protección de

Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses y recientemente el Decreto Supremo N° 019-2017-JUS que aprueban el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses.

El tema también ha sido materia de interés en el ámbito de la generación de políticas públicas. En ese sentido, el cuarto objetivo del Acuerdo Nacional suscrito el 22 de julio de 2002, propone un Estado eficiente, transparente y descentralizado, lo cual implica la existencia de voluntad política para el cumplimiento de dicho objetivo. Secretaria Ejecutiva del Acuerdo Nacional. (2002).

Finalmente, cabe indicar que este tema ha sido enfocado últimamente a nivel de la Comisión Presidencial de Integridad creada por Resolución Suprema N° 258-2016-PCM y Resolución Suprema N° 264-2016-PCM, quien presentó un informe con medidas concretas para promover la integridad y el respeto a principios éticos en la función pública. El documento gira en torno a 20 ejes conformados por 100 medidas que buscan combatir la corrupción y en muchas de las medidas está considerado como eje central el tema de la Transparencia máxima del Estado. Asociación Civil Transparencia. (2015).

1.2. La información es un derecho humano.

Cuando hablamos de derechos Humanos estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos humanos deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, redactada en 1948 y actualizada por última vez en 1998, proclama en su artículo 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

En el caso peruano cabe mencionar que el derecho fundamental de acceso a la información pública fue reconocido

expresamente en el artículo 2º, numeral 5) de la Constitución de 1993.

Será recién en el año 2001, durante el gobierno de transición liderado por Valentín Paniagua, en el que se emiten normas destinadas a promover la transparencia y el acceso de las personas a la información pública, tales como el Decreto Supremo N° 018-2001-PCM y el Decreto de Urgencia N° 035-2001. La primera de estas normas estableció la obligación de las entidades del sector público de incorporar en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos - TUPA, un procedimiento específico para el acceso de las personas a la información que produzca o posea el Estado, mientras que la segunda norma estableció reglas para el acceso a la información en materia de finanzas públicas.

Ahora bien, la Constitución Política de 1993 es la que define por primera vez el contenido de este derecho fundamental en su artículo 2º, numeral 5), cuyo texto establece que: Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

En dicha norma se establece la posibilidad de las personas de pedir información a cualquier entidad pública y la obligación de la misma de entregar la información solicitada. Asimismo, dicho Texto Constitucional señala como límites de este derecho a aquellas informaciones relacionadas con la intimidad personal y la seguridad nacional.

Además de establecer la titularidad de dicho derecho así como los sujetos obligados, el Texto Constitucional también se ha ocupado de temas como el costo que debe pagarse por el pedido, dejando a salvo algunos aspectos para que sea el legislador quien atienda lo relacionado con el funcionario responsable de brindar información, las obligaciones de dicho funcionario, el procedimiento administrativo que debe seguirse, las excepciones al mencionado derecho fundamental, entre otros aspectos.

1.3. Acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico.

A la par del reconocimiento constitucional del acceso a la información pública, se requería expedir una ley que precise todos aquellos aspectos que sean necesarios para su adecuado ejercicio, tales como el procedimiento a seguir para la solicitud de información y las excepciones a su ejercicio. A propósito expresa Huerta, L. (2002) “Una ley sobre acceso a la información pública permite, asimismo dejar establecido con carácter obligatorio los lineamientos a seguir en el marco de una política de transparencia y publicidad de la información pública”.

Es por ello que durante el régimen del Presidente Toledo, un paso importante “aunque incompleto” para garantizar el derecho de la ciudadanía a estar informado, dio la Ley N° 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, publicada el 3 de agosto del 2002, que entró en vigencia en enero del 2003. La ley contenía varios aspectos positivos; sin embargo, introdujo ciertas restricciones que condujeron a que la Defensoría del Pueblo interpusiera una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra algunos de sus dispositivos. Debido a tales cuestionamientos el Congreso de la República, para evitar que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, decidió reformarla a través de la Ley No 27927, publicada el 4 de febrero del 2003. La Ley N° 27806, modificada por la Ley No 27927, cuyo Texto Único Ordenado (TUO) fue aprobado a través del Decreto Supremo No 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril del 2003, para su elaboración el Congreso de la República recibió y acogió sugerencias procedentes de diversas instituciones. A nivel de la sociedad civil, por ejemplo, el Consejo de la Prensa Peruana y el Instituto Prensa y Sociedad formularon importantes aportes. Asimismo, la Defensoría del Pueblo contribuyó a este esfuerzo con diversos informes y opiniones remitidos al Congreso de la República. Todo ello ha hecho que se trate de una norma que fomenta el acceso ciudadano a la información y la transparencia en las entidades públicas. Precisamente por ello, muchas de sus disposiciones han tratado de ser bastante detalladas, pues se ha pretendido impedir que la «cultura del secreto» pueda ampararse en normas poco claras e imprecisas. La primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley dispuso que el Poder Ejecutivo debería elaborar su reglamento en un plazo no mayor de noventa días. Tal vez, no resultaba indispensable dictar un reglamento pues la Ley es lo suficientemente

precisa; sin embargo se optó porque exista uno. De esta manera, se dictó el Decreto Supremo No 072-2003-PCM, publicado el 7 de agosto del 2003, reglamentándose así la Ley de transparencia y acceso a la información pública

Las características del derecho de acceso a la información pública está referida a) Información cierta, actual, precisa y completa. Carácter instrumental, autonomía diferencias con otros derechos; b) Información que posee o ha sido financiada por el presupuesto público; y c) Principio de publicidad o transparencia.

3.- ASPECTOS RESALTANTES EN LA NORMATIVIDAD PERUANA

a) El ciudadano deberá abonar sólo el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información requerida;

b) Según el Decreto Legislativo N° 1353 la solicitud de información deberá ser atendida en un plazo no mayor de doce días útiles; Excepcionalmente, cuando sea materialmente imposible cumplir con el plazo señalado en el literal b) debido a causas justificadas relacionadas a la comprobada y manifiesta falta de capacidad logística u operativa o de recursos humanos de la entidad o al significativo volumen de la información solicitada, por única vez la entidad debe comunicar al solicitante la fecha en que proporcionará la información solicitada de forma debidamente fundamentada, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de recibido el pedido de información. El incumplimiento del plazo faculta al solicitante a recurrir ante Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública;

c) Las entidades públicas identificarán, bajo responsabilidad de su máximo representante, al funcionario responsable de brindar la información solicitada;

d) Es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud.

e) En ningún caso la entidad de la administración pública podrá destruir la información que posea;

f) Las entidades del Estado se encuentran obligadas a publicar en sus portales de Internet información de la propia institución, por ejemplo: información presupuestal, relativa a las adquisiciones y contrataciones, partidas salariales, entre otra información relevante;

g) Los funcionarios o servidores públicos que

incumplieran con las disposiciones sobre acceso a la información pública, serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de abuso de autoridad.

h) La designación de un funcionario en cada entidad que sea responsable de entregar la información pública, así como de un funcionario responsable de la elaboración de los portales de Internet;

i) La eficacia en proporcionar la información requerida por parte de la institución dependerá de la designación de este funcionario, quien es pieza clave en la coordinación y entrega final de dicha información, así mismo no menos importancia tiene el funcionario que elabora y actualiza permanentemente el portal de transparencia, puesto que de esto dependerá la imagen de transparencia que refleje dicha institución.

j) La obligación de prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información; Lo que significa que si tenemos un funcionario, pero carecemos de recursos, planeamiento y no se hace uso de los medios sistematizados para la publicación de la información, definitivamente se llegara a un estancamiento o burocratización del trámite.

k) La obligación de la Presidencia del Consejo de Ministros de remitir un informe anual al Congreso de la República dando cuenta de las solicitudes de información atendidas y no atendidas. La Presidencia del Consejo de Ministros deberá reunir de todas las entidades de la administración pública dicha información; En cuanto a este informe anual, éste constituye una forma de medir o evaluar el índice de transparencia en la gestión de cada año.

l) La publicación trimestral de información sobre finanzas públicas y la obligación de remitirla a la vez al Ministerio de Economía y Finanzas para que sea incluida en su portal de Internet. Al respecto de la publicación de esta información, debemos indicar que este tipo de información es de especial utilidad para los administrados, pues muestra un balance real de cuál es el rumbo que siguen los fondos del Estado.

Pese a la expresa obligación legal, se puede constatar que no todas las entidades públicas vienen cumpliendo con tales obligaciones. No obstante, es preciso destacar que a partir de la vigencia del TUO de la Ley N° 27806 se ha constituido a iniciativa de distintas administraciones públicas oficinas o comisiones

de transparencia. Estas oficinas están orientadas a la promoción de prácticas de buen gobierno, la ética pública así como la transparencia en la gestión; difundiendo y capacitando en los alcances del derecho de acceso a la información pública y las obligaciones derivadas del TUO de la Ley N° 27806. En otros casos, funcionan además como una suerte de oficinas consultivas o asesoras en materia de atención de pedidos de información, implementación de la legislación sobre acceso a la información pública y políticas institucionales de transparencia.

El Gobierno acaba de publicar el Decreto Legislativo 1353, con el objeto de crear la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública; y, fortalecer el Régimen de Protección de Datos Personales, entre otros. Stucchi, P. (2017), señala las principales novedades de esta norma:

A.- Las novedades en el acceso a la información pública

Más que la existencia de una nueva autoridad, lo que resulta positivo es el énfasis que pone el Poder Ejecutivo en lograr la mayor disponibilidad posible, por parte de los ciudadanos y de las empresas, de la información pública en manos del Estado. El acceso a esta información resulta valiosa pues, en muchos casos, permite mejorar el ejercicio de los derechos ciudadanos y facilitar el desarrollo de la actividad empresarial. Mejora asimismo la legitimidad de la actividad pública, afianza la rendición de cuentas y contribuye con la buena gobernanza en todos los niveles (central, regional y local).

Así, este nuevo Decreto Legislativo, entrega a esta nueva autoridad, entre otras, las funciones de “supervisar el cumplimiento de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública” y “fomentar la cultura de transparencia y acceso a la información pública”.

Esto último resulta de la mayor importancia. Sin una verdadera cultura de disponibilidad y acceso a la información pública, que integre no sólo a ciudadanos sino también a los funcionarios y servidores públicos, no lograremos el objetivo deseado, que es la mayor transparencia posible en la información pública que detenta el Estado. Y no se trata solamente de sanciones, como las que prevé este decreto sobre los funcionarios y servidores públicos, sino además de colocar incentivos de ascenso y promoción que consideren para el avance en la carrera pública, entre otros criterios, el debido y oportuno del suministro de información pública a los ciudadanos y las empresas.

Para afianzar los mayores estándares de transparencia y acceso a la información pública, este nuevo Decreto Legislativo contempla la creación de un Tribunal que será la última instancia administrativa en la materia. Estará a cargo de asegurar de derecho a acceder a la información pública a nivel nacional. Este Tribunal autónomo se encargará de resolver, entre otras, las apelaciones contra las denegatorias de entrega de información pública, lo que incluye a los Gobiernos Regionales y Locales, donde afianzar una cultura de disponibilidad y acceso sobre la información pública presenta importantes retos.

Resolviendo estas apelaciones, este Tribunal podrá ordenar a una entidad que entregue la información que solicitó el ciudadano o la empresa, según corresponda. Naturalmente, este Tribunal tiene a cargo la responsabilidad de evitar la entrega de información secreta (de contenido militar o de inteligencia), reservada (por concernir al orden interno, a negociaciones o relaciones internacionales o financieras que, de revelarse, podrían generar afectaciones al interés general) y confidencial (por diferentes razones tales como secreto bancario, información que forma parte del proceso deliberativo de las entidades públicas o de sus estrategias legales que, de conocerse prematuramente, afectarían sus decisiones previstas, entre otras). La regla general es que toda la información en manos del Estado es pública, salvo que califique en una de estas categorías excepcionales (de interpretación restrictiva), lo que las apartan de dicha regla general. Una de las tareas clave de este Tribunal es delinear un entendimiento homogéneo y estándar a nivel nacional en esta materia.

B.- Las novedades en la protección de datos personales

El fortalecimiento del Régimen de Protección de Datos Personales no aparenta haber generado un drástico cambio de orientación regulatoria. Recordemos que la Ley de Protección de Datos Personales tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la protección de estos datos, con el fin constitucional de “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Ello no ha cambiado y, entre otros, exige a las empresas que aseguren un adecuado tratamiento de los datos personales de sus clientes, proveedores, trabajadores y otras personas vinculadas a su actividad.

Sin embargo, los ajustes realizados en las

definiciones contenidas en la Ley de Protección de Datos Personales (mediante el reciente Decreto Legislativo 1353) y la colocación a nivel legal de determinados criterios que venía aplicando la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, tales como las características de las relación entre el titular del banco de datos y el encargado de su tratamiento, o algunos adicionales supuestos en los que no se requiere el consentimiento del titular de datos personales para el tratamiento de estos, entre otros, obliga a las empresas a confirmar si sus bancos de datos personales y el tratamiento que les dan a estos se ajustan estrictamente a las nuevas precisiones legales.

Llama la atención que las infracciones que están expresamente identificadas y tipificadas en la misma Ley, una vez que entre en vigencia el Decreto Legislativo 1353, serán remitidas a su identificación y tipificación como leves, graves y muy graves mediante reglamento. En nuestra opinión, siempre será más garantista para las personas y las empresas que las conductas sancionables, incluidas aquellas en materia de protección de datos personales, se determinen por un instrumento con valor de Ley y no por vía reglamentaria.

De otro lado, este nuevo Decreto Legislativo determina que los incumplimientos de las empresas, en relación con la regulación de la protección de los datos personales de sus clientes, proveedores, trabajadores y otras personas vinculadas a su actividad, se consideran como infracciones de responsabilidad objetiva. Es decir, no será relevante para verificar una infracción (aun cuando sí para la graduación de la sanción) la conciencia y voluntad de incumplir esta regulación. A la autoridad simplemente le bastará verificar el incumplimiento de una obligación a cargo de la empresa, pudiendo imponerle sanciones de hasta 100 UIT.

Ello obliga a las empresas a ser aún más cuidadosas en el cumplimiento de esta regulación, cuyas exigencias implican entre otros: i) contar con el consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales, como regla general para su tratamiento, salvo las excepciones previstas por la Ley; y, ii) asegurar que los bancos de datos personales y su tratamiento cuenten con los estándares que garanticen su seguridad y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, en especial cuando el tratamiento de datos sea encargado a terceros, quienes asumen las mismas obligaciones que el titular del banco de datos.

Si las empresas se han adecuado oportunamente al tratamiento de los datos personales de sus clientes, proveedores, trabajadores y otras personas vinculadas a su actividad, conforme a la Ley vigente, les corresponde confirmar si están alineadas con los recientes ajustes regulatorios. Si no están adecuadas, resulta urgente que realicen su adecuación.

4.- MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Sin embargo, como comentamos al principio, este derecho fundamental no siempre es respetado por las entidades de la administración pública, por ello quien solicita información y recibe como respuesta una negativa indebida o más aun la actitud del funcionario público es una total inactividad —silencio administrativo— o median circunstancias de restricción a su derecho, podrá utilizar los siguientes mecanismos legales:

a) Interponer los recursos administrativos. El Decreto Legislativo N° 1353 contempla la creación de un Tribunal que será la última instancia administrativa en la materia. Estará a cargo de asegurar de derecho a acceder a la información pública a nivel nacional. Este Tribunal autónomo se encargara de resolver, entre otras, las apelaciones contra las denegatorias de entrega de información pública, lo que incluye a los Gobiernos Regionales y Locales, donde afianzar una cultura de disponibilidad y acceso sobre la información pública presenta importantes retos.

b) Agotada las impugnaciones en la vía administrativa, podrá optar por hacer valer su derecho ante la instancia judicial, mediante la acción contencioso administrativa, regulada por la Ley 27584, publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de diciembre del 2001, o la acción de Hábeas Data, prevista actualmente en el Código Procesal Constitucional, Ley 28237 publicada oficial El Peruano el 31 de mayo del 2004 y que ha comenzado a regir desde el 01 de diciembre de ese mismo año, que ha previsto en su artículo 61º: “El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para: Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual,

electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.(...)”. Tribunal Constitucional. (2016).

5.- ROL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REGIÓN DE TACNA

La promoción de la transparencia en la gestión pública que permita a la ciudadanía un adecuado ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, así como la promoción y defensa del ejercicio de dicho derecho, la ética pública y la lucha contra la corrupción constituyen temas claves para el fortalecimiento del sistema democrático. En ese sentido, de acuerdo con su mandato constitucional, desde el inicio de sus funciones en 1996, la Defensoría del Pueblo ha realizado diversas acciones con la finalidad de lograr implantar una cultura de transparencia en la administración estatal y, por ende, un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía. La renuencia de las autoridades a proporcionar información sin una justificación razonable, la falta de respuesta a los pedidos formulados o el establecimiento de restricciones para su acceso, ha generado que diversos órganos defensoriales se ocupen de velar por el acceso de la ciudadanía a la información en poder del Estado. Defensoría del Pueblo (2009).

En efecto, la Defensoría del Pueblo ha elaborado informes para promover la promulgación de la ley de transparencia y acceso a la información pública y, posteriormente, para analizar los problemas que se han presentado en la vigencia del mencionado derecho, formulando recomendaciones a los sujetos obligados de brindar información. La elaboración de dichos informes viene siendo realizada por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales, órgano de línea encargado de orientar y asesorar en materia de transparencia y acceso a la información pública. Además, este órgano defensorial brinda lineamientos de actuación para el tratamiento de casos individuales a cargo de las Oficinas Defensoriales y colabora en su investigación cuando se requiere un tratamiento especializado.

De igual modo, la Defensoría del Pueblo se ocupa de atender quejas de los ciudadanos relacionadas con la vulneración del derecho de acceso a la información pública; además realiza supervisiones y efectúa recomendaciones a diversos sujetos obligados a brindar información, logrando en muchos casos respuestas positivas. Esta labor viene siendo realizada por las oficinas

defensoriales en el ámbito nacional, órganos que se ocupan también de efectuar capacitaciones a los funcionarios públicos y a la población.

También la institución realiza actividades concretas para fomentar una cultura de transparencia en el marco del proceso de descentralización. Un ejemplo de ello, son las supervisiones trimestrales de los Portales de Transparencia de los gobiernos regionales y de las municipalidades provinciales ubicadas en capitales de departamento, a fin de constatar el nivel de cumplimiento de las normas legales que obligan a las instituciones públicas a difundir información relacionada con su gestión a través de dichos portales. Dicha supervisión es realizada por el Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo en el marco de sus competencias. Cabe indicar que la labor de la Defensoría del Pueblo para fomentar hábitos de transparencia en la actuación estatal también ha implicado actuaciones concretas en materia de lucha contra la corrupción desde un enfoque de respeto de los derechos fundamentales. En ese sentido, el Programa de Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Políticas Públicas, elaboró el Informe: "Contribuciones de la Defensoría del Pueblo al Plan Nacional de Lucha contra la corrupción y ética ciudadana presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros", en el que se formularon recomendaciones al Plan Nacional de Lucha contra la corrupción.

La Defensoría del Pueblo tiene como mandato constitucional prescrito en el artículo 162º que nos corresponde defender los derechos constitucionales, es por ello que a nivel nacional, la Defensoría del Pueblo se ha comprometido con la defensa y promoción de este derecho fundamental, por lo que en las regiones se ha impulsado y liderado el tema de acceso a la información pública.

En la Defensoría del Pueblo en Tacna se diseñaron líneas de trabajo referidas a:

- a) Supervisión de las diversas reparticiones estatales, respecto al Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos: Se han visitado 30 instituciones públicas de la Región de Tacna entre Gobiernos Locales Provinciales y Distritales; Gobierno Regional de Tacna, las siete Direcciones Regionales y otras instituciones estatales.
- b) Capacitación a los funcionarios públicos de la región Tacna.
- c) Talleres para la ciudadanía en temas vinculados a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

d) Seguimiento de quejas presentadas por los ciudadanos y ciudadanas de Tacna, que ha ido incrementándose en cada período.

e) El nivel de los pedidos de intervención de la Defensoría del Pueblo en Tacna se ha comportado de la siguiente manera:

ESTADISTICA 2017 – 2018

TABLA N° 1	
2017	2018
141 Quejas	634 Quejas

TABLA N° 2	
2017	2018
141 Quejas	634 Quejas
100 Omisión de dar respuesta en el plazo legal. 33 Incumplimiento del plazo para entregar información. 03 Entrega de información incompleta, no solicitada, no comprensible y/o en formato no requerido. 03 Negativa a dar información por excepciones no contempladas en la normatividad vigente. 01 Incumplimiento del deber de designar funcionarios responsables de entregar información y de los portales de transparencia. 01 No incorporación del procedimiento de acceso a la información del costo de reproducción en el Tupa de la entidad.	616 Omisión de dar respuesta en el plazo legal. 15 Incumplimiento del plazo para entregar información. 03 Entrega de información incompleta no solicitada, no comprensible y/o formato no requerido.

6.- CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo al análisis realizado de la quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo– OD Tacna podemos determinar que existen factores asociados al incumplimiento de la aplicación del Derecho Constitucional de Acceso a la Información Pública en las Instituciones Públicas de la Región de Tacna durante el período 2017 – 2018; y dichos factores asociados son: a) Que existe una limitada y/o inexistente orientación a la sociedad civil sobre el derecho al acceso a la información pública por parte de las instituciones públicas de la Región de Tacna, y b) Que existe desconocimiento de la normatividad vigente del derecho de acceso a la información pública por parte de servidores y funcionarios de las diferentes instituciones públicas de la Región de Tacna.

De las entrevistas sostenidas con algunos funcionarios y empleados públicos de las diferentes instituciones públicas de la Región de Tacna nos señalaron que no han sido capacitados sobre el derecho de acceso a la información pública y como consecuencia inmediata de tal carencia de capacitación, algunos funcionarios y/o empleados públicos de la Región de Tacna no cumplen con las obligaciones previstas en la mencionada norma.

La Defensoría del Pueblo Oficina Defensorial de Tacna ha detectado en sus diferentes quejas presentadas ante su despacho, la existencia de restricciones importantes que implican la supervivencia de la "cultura del secreto" entre los funcionarios y/o empleados públicos de la Región de Tacna. Las restricciones principales son las siguientes: Entrega de información incompleta no solicitada, no comprensible y/o formato no requerido; Entrega de información inexacta o faltante; Negativa a dar información por excepciones no contempladas en la normatividad vigente; Incumplimiento del deber de designar funcionario o responsable de entregar información y de los portales de transparencia; Exigencia de requisitos ilegales, arbitrarios o de justificación para acceder a la información; Negativa a dar información por inadecuada interpretación de las excepciones; Inexistencia de portales de transparencia y acceso a la información distinta a la que puedan afectar a personas con discapacidad visual y Negativa o demora en dar información adecuada.

En el análisis normativo nacional se determinó que el derecho de acceso a la información pública encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 2º, numeral 5) de la Constitución Política y específicamente en la Ley N° 27806.- Numeral 5º del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú, Ley 27927.- Ley que Modifica la Ley 27806, D.S. 043-2003-PCM.- Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Pública, D.S. N° 072-2003-PCM.- Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública,

R.M. N° 200-2010-PCM. Que Aprueba la Directiva N° 001-2010-PCM/SG "Lineamientos para la implementación del portal de transparencia estándar en las entidades de la Administración Pública", D.S. N° 070-2013-PCM que Modifica el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y recientemente el Decreto Legislativo N° 1353 (07.01.2017) que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses. no sólo lo configura legalmente, sino que constituye una norma de desarrollo constitucional que integra el bloque de constitucionalidad, es decir, forma junto con la Constitución, el parámetro de control de cualquier medida limitativa del derecho.

El Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia recaída en procesos de Hábeas Data, ha venido interpretando de manera decididamente garantista este derecho fundamental, estableciendo importantes criterios de interpretación que resultan vinculantes para todos los poderes públicos y privados. Así, durante el período 1996 a 2016 conoció de 1333 procesos ingresados de hábeas data y 953 Resoluciones Publicadas. También encontramos importantes fallos en la línea anotada por parte de algunos órganos del Poder Judicial. Tribunal Constitucional. (2016).

Finalmente, constituye un paso importante el Decreto Legislativo N° 1353 que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento el D.S. N° 019-2017-JUS, que tiene, entre otras funciones, la supervisión del "cumplimiento de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública", así como presentar al Congreso el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública y resuelve las apelaciones contra las denegatorias de entrega de información pública, lo que incluye a los Gobiernos Regionales y Locales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILA GRADOS, G. et al. (2011). El ABC del Derecho Procesal Constitucional. (2da. Edic.). Lima Perú: Editorial San Marcos.
2. ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. (2015). Informe de la Comisión Presidencial de Integridad. 11 de enero 2017, de Comisión Presidencial de Integridad Sitio web: <http://www.transparencia.org.pe/admin/ckfinder/userfiles/files/Informe%20Final%20Comision%20Presidencial%20de%20Integridad.pdf>
3. BASTERRA, Marcela, et al. (2009). El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica. (1ra. Edic.). Perú: Editorial ADRUS.
4. BASTOS PINTO, M. et al. (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo. (1ra. Edic.). Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
5. BOREA ODRÍA, Alberto. (2016). Manual de la Constitución. (1ra. Edic.). Perú: Editorial Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.
6. CHANAMÉ ORBE, Raúl. (2015). Lecciones de Derecho Constitucional. (1ra. Edic.). Perú: Editorial Lex & Iuris.
7. DECRETO SUPREMO N° 043-2003-PCM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 22 de abril de 2003.
8. DECRETO SUPREMO N° 072-2003-PCM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 07 de agosto de 2003.
9. DECRETO SUPREMO N° 070-2013-PCM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 14 de junio de 2013.
10. DECRETO SUPREMO N° 070-2013-PCM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 14 de junio de 2013.
11. DECRETO LEGISLATIVO N° 1353. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 07 de enero de 2017.
12. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2002). El acceso a la información pública, No a la cultura del secreto. (3ra. Edic.) Lima Perú: Publicación institucional.
13. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2005). Informe Defensorial N°96 – Balance a dos años de vigencia de la ley de transparencia y acceso a la información pública 2003 - 2004. Lima Perú: Publicación institucional.
14. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2009). Documento Defensorial N° 09 – El derecho de acceso a la información pública. Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. Lima Perú: Publicación institucional.
15. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2016). Áreas Temáticas. 11 de enero 2017, de Defensoría del Pueblo Sitio web: <http://www.defensoria.gob.pe/>
16. DEPARTAMENTO PARA LA GESTIÓN PÚBLICA EFECTIVA O.E.A. (2013). El acceso a la información pública un Derecho para ejercer otros Derechos. 08 de enero 2017, de O.E.A. Sitio web: <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/CortosP8.pdf>
17. DONAYRE MONTESINOS, C. (2013). El Código procesal constitucional peruano: Un paso importante para la consolidación del Estado constitucional en el Perú. (En línea). Disponible en: derechoycambiosocial.com. (2013, 8 de junio).
18. GACETA JURÍDICA. (2008). Guía Rápida Proceso de Hábeas Data. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
19. HUERTA GUERRERO, L.A. (2002). Libertad de expresión y acceso a la información pública. (1ra. Edic.). Lima: Comisión Andina de Juristas. Informe del año 2001 de la Relatoría de la CIDH para la Libertad de Expresión
20. LEY N° 27806. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 13 de julio de 2002.
21. LEY N° 27927. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 13 de enero de 2003.
22. LEY N° 27584. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 07 de diciembre del 2001.
23. LEY N° 28237. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 31 de mayo del 2004.
24. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2017). Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. 26.06.2019, de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Sitio web: <https://www.minjus.gob.pe/Tribunal-de-transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica/>
25. RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 200-2010-PCM. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 24 de junio de 2010.
26. SECRETARÍA EJECUTIVA DEL ACUERDO NACIONAL. (2002). Políticas de Estado. 03 de enero 2017, de ACUERDO NACIONAL Unidos para crecer Sitio web: <http://acuerdonacional.pe/>
27. STUCCHI, Pierino. (2017). Novedades del derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. 11 de enero del 2017, de Diario Gestión Sitio web: <http://blogs.gestion.pe/reglas-de-juego/2017/01/novedades-en-el-acceso-a-la-informacion-publica-y-la-proteccion-de-datos-personales.html>
28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2016). Jurisprudencia Sistematizada. 03 de enero 2017, de Tribunal Constitucional Sitio web: <http://www.tc.gob.pe/tc/jurisprudencia/constitucional>.

LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

THE DECLARATION OF EXTINCTION OF DOMAIN

SUMARIO

Devora Coasaca Salcedo
Fiscal Adjunta Provincial (P) de la
Fiscalía Supraprovincial Corporativa
Especializada Contra el Delito de Lavado de
Activos y Pérdida de Dominio

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- ANTECEDENTES DEL DECRETO LEGISLATIVO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO
- 3.- APRECIACIONES GENERALES
- 4.- APRECIACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO
5. CONCLUSIONES

1.-INTRODUCCIÓN

La persona que comete un delito es sometida a una investigación o proceso con la finalidad de aplicarle –en un futuro no muy lejano– las consecuencias preventivas, reparatorias o sancionatorias previstas por ley penal u otras normas conexas a fin de prevenir o reprimir tales actos; no obstante, cuando nos encontramos frente a la investigación de un delito no centramos la atención directamente en el ánimo de lucro de la comisión de este delito, el delincuente aún cuando se encuentra siendo investigado, incluso cuando ya ha sido sometido a una sentencia condenatoria,

procura hacer suyo el producto o beneficio del delito, entonces “el delito resulta un negocio rentable”.

Bajo esta perspectiva, nuestra legislación ha hecho un esfuerzo para evitar convertir al delito en un buen negocio, porque si bien demostrar la responsabilidad penal del agente es importante, no es menos relevante la persecución de los activos ilícitos obtenidos a consecuencia del delito.

Oh, hoy en día, sobre la afectación económica de un investigado en la investigación por el delito de

¹ REYNAALFARO, Luis Miguel. “El Delito de Lavado de Activos”. Lima, abril 2018. Pág. 388 y 389.

² Cartilla elaborada por Superintendencia de Banca, Seguros y AFP con la cooperación Alemana implementada por GIZ. “Política y Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo”. Lima, julio 2018. Pág. 17.

³ https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_economia_crimen_organizado_mj

⁴ Entre otros el Expediente N° 431-2013-05001-JR-PE-02 en el cual se declaró fundada la demanda de pérdida de dominio

⁵ Véase el link: http://intranet.mpfm.gob.pe/notinfo-detalle.php?not_idcodigo=57156

⁶ La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú es la encargada de recibir, analizar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos y/o del Financiamiento del Terrorismo; así como, coadyuvar a la implementación por parte de los Sujetos Obligados del sistema de prevención para detectar y reportar operaciones sospechosas de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Fue creada mediante Ley N° 27693 de abril del año 2002, modificada por Leyes N° 28009 y N° 28306 y reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 163-2002-EF modificado por Decreto Supremo N° 018-2006-JUS. Ha sido incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones mediante Ley N° 29038 de junio del año 2007, y cuenta con autonomía funcional y técnica. Véase en: <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/resena-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera-del-peru>

⁷ Véase en <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Sistema-de-Lucha-Contra-el-LA-FT/Sistema-de-prevencion-del-LA-FT-SPLAFT>

⁸ Los principales componentes y actores del SPLAFT, son: Oficial de Cumplimiento; Supervisores; Oficial de Enlace; Debida Diligencia en el conocimiento del cliente; Debida Diligencia en el conocimiento de Directores y trabajadores; Código de Conducta; Manual para la prevención y gestión de riesgos del LA/FT; Registro de Operaciones (RO); Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS); capacitación; Informes del Oficial de Cumplimiento (ISOC/IAOC).

⁹ Sujetos obligados son, aquellos supervisados por SBS (Bancos, Financieras, Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, Empresas de Seguros y de Reaseguros, AFP, etc.), empresas o personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves, empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliaria, los casinos, las sociedades de lotería y las casas de juegos, incluyendo bingos, tragamonedas, hipódromos y sus agencias, y otras similares, agencias de aduana, personas naturales y jurídicas que se dediquen a la compra y venta de divisas, personas naturales y jurídicas que se dediquen al servicio de correo y Courier, personas naturales y jurídicas que se dediquen al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de artes y sellos postales, personas naturales y jurídicas que se dediquen a los préstamos y empeño, las agencias de viaje y turismo, hoteles y restaurantes, notarios públicos, martilleros públicos, ONG, personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la compra venta o importaciones de armas, personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos, empresas mineras.

lavado de activos, para algunos, es que “El verdadero riesgo legal de los agentes o funcionarios de las empresas no es el de verse como condenado o procesado penalmente por el delito de lavado de activos, sino el de ser investigado y, por lo tanto, verse afectado por la diversidad de consecuencias económicas y reputaciones derivadas del hecho de ser comprendidos en una investigación fiscal y encontrarse bajo los reflectores del sistema de justicia penal”. En efecto, lo que se busca es un impacto económico sobre el patrimonio que se presume de origen ilícito –delitos tales como minería ilegal, corrupción, tráfico ilícito de drogas, entre otros que puedan generar ganancias ilícitas–, se pretende que la administración de justicia penal logre la disuasión de los agentes delictivos de construir un patrimonio a consecuencia de la comisión de un delito. El delito no debería representar una actividad económica rentable.

Debe precisarse que nuestro texto constitucional –artículo 44° Deberes del Estado– si bien manda respetar los derechos fundamentales, también orienta a prevenir, investigar y perseguir las conductas antisociales o delictivas que atentan contra la seguridad de la población por lo que estas acciones podrían representar injerencias en algunos derechos fundamentales; por ejemplo, en la intimidad de la persona, su entorno familiar y social; sin embargo, estas actuaciones en muchos casos resultan imprescindibles para lograr los fines de la investigación y del proceso. En efecto, nos encontramos ante un conflicto de intereses o derechos, de modo tal que el ordenamiento jurídico debería resolver ponderando intereses, armonizando garantías y derechos fundamentales dentro de los criterios de eficacia y eficiencia en la investigación y persecución del delito –lo contrario podría generar arbitrariedad o en otro extremo impunidad–, en consecuencia, estas actuaciones deben realizarse bajo un debido sustento conforme a normas constitucionales y legales.

En todas estas actuaciones procesales se tiene que observar, de modo irrestricto, los principios y valores propios del orden jurídico en el Estado Constitucional de Derecho y respetar, dentro de un parámetro razonable, los derechos fundamentales de los sujetos sometidos a una investigación –este es el límite de la actuación procesal–; por ello es que el ordenamiento jurídico admite ciertas injerencias en los derechos o posiciones favorables de las partes procesales y eventuales terceros –vinculados, testigos, y otros–.

Sin embargo, estas actuaciones no son sencillas,

la búsqueda y acopio de información o recolección de elementos de convicción representa, además de un largo camino, un esfuerzo conjunto –diversas entidades públicas y actores del sector privado–; de otro lado, la investigación inversa desde los activos que se presumen ilícitos hasta el delito fuente es un camino que representa por parte del investigador dinámica, habilidad y operatividad en el manejo de mecanismos eficientes.

2.- ANTECEDENTES DEL DECRETO LEGISLATIVO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Desde la perspectiva internacional los cimientos en los cuales se ha construido nuestra actual legislación es en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito el 20 de diciembre de 1998 en Viena; la Convención de la Unión Europea sobre Blanqueo, Detección, embargo y confiscación de los productos de un delito, suscrito el 08 de noviembre de 1990 en Estrasburgo; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo el 12 de diciembre del 2000 y la Convención contra la Corrupción, suscrita en Mérida – México en el año 2003. Estos documentos internacionales establecen parámetros. Dichas convenciones se ocupan entre otros temas de la incautación, decomiso y la confiscación de los bienes que han servido o son producto de actividades ilícitas, así como de los mecanismos de la cooperación internacional.

Actualmente en el marco de la ONU el Perú ha ratificado 4 Tratados que establecen estándares de carácter vinculante que se deben implementar para fortalecer el contable contra el Lavado de Activos (LA) y el Financiamiento del Terrorismo (FT). Estos tratados son los siguientes:

<i>Adoptada por la ONU</i>	<i>Nombre</i>	<i>Vigencia</i>	<i>Instrumento de ratificación por parte del Perú</i>
20.12.1998	Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas – Viena	11.11.1990	Res. Legislativa Nro. 25352, del 23.11.1991
09.12.1999	Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo	10.04.2002	D. Supremo Nro. 084-2001-RE, del 05.11.2001
15.11.2000	Convención contra la Delincuencia Organizada	29.09.2003	D. Supremo Nro. 088-2001-RE, del 19.11.2001
31.10.2003	Transnacional - Palermo Convención contra la Corrupción – Mérida	14.12.2005	D. Supremo Nro. 075-2004-RE, del 19.10.2014

Dentro de nuestra legislación nacional, la primera norma que se avoca al tema de pérdida de dominio es el Decreto Legislativo N° 992 de fecha 22 de junio del 2007, la misma que fue modificada por la Ley N° 29212 del 18 de abril de 2008 para que posteriormente se publique el Decreto Legislativo N° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, el 19 de abril de 2012; este último antecedente normativo determinó la naturaleza de este proceso (patrimonial) de carácter real, independiente y autónomo, de cualquier otro proceso como el penal o civil, con sus propias características, reglas, plazos y fases, siendo esta la naturaleza del actual y vigente Decreto Legislativo N° 1373, Ley de Extinción de Dominio, publicado el 04 de agosto de 2018, de conformidad con su reglamento, el Decreto Supremo N° 007-2019-JUS, publicado el 01 de febrero de 2019. Ahora bien, entre el Decreto Legislativo N° 1104 y el vigente Decreto Legislativo N° 1373 encontramos sustanciales diferencias, técnicamente han variado algunos conceptos, y las diferencias de mayor relevancia se encuentran en la reserva de la investigación y en el cambio de los presupuestos de aplicación, hemos dejado de lado el carácter residual (se ha dejado de lado que por lo menos exista una investigación preliminar en curso) y se ha re-orientado fuerza en la autonomía del proceso, además se han reforzado los mecanismos de apoyo interinstitucional e internacional, innovaciones que pretenden la efectividad de la norma y en consecuencia la obtención de resultados.

3.- APRECIACIONES GENERALES

Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el comercio ilegal del crimen organizado suma ganancias anuales de más de \$ 2 000 000 000 .00 (dos billones de dólares). Esta cifra equivale a un 3,6% de todo lo que produce y consume el planeta en un año, o en clave latinoamericana, a cuatro veces el PIB de Argentina o casi diez veces el de Colombia, dos países de ingreso medio alto a nivel mundial. El último informe del Foro Económico Mundial (también conocido como Foro de Davos) llega a una estimación menor –más de \$ 1 000 000 000 .00 (un billón de dólares) – y se basa en una investigación con data 2011 del Global Financial Integrity (GFI), un centro de investigaciones basado en Washington.

Así las cosas, tenemos un gran problema con el impacto económico derivado del desarrollo de las actividades ilícitas, aparentemente resultaría rentable delinquir, por lo que la aplicación de las nuevas herramientas debe orientarse en la

“persecución” del activo ilícito, siendo idónea la adaptación de nuestra normativa.

Si bien gracias a la anterior Ley de Pérdida de Dominio se obtuvieron algunos resultados, esto no ha sido suficiente, debiendo superarse con la nueva Ley de Extinción de dominio las expectativas de aplicación y resultados.

Dentro de esta línea uno de los aspectos que se destaca es la especialización, por esta razón se habilita la creación de fiscalías y juzgados especializados de extinción de dominio; por su parte el Ministerio Público ha convertido el 11° despacho de la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Corrupción de Funcionarios en la primera fiscalía especializada en extinción de dominio, la Fiscalía Provincial Penal de Extinción de Dominio de Lima Metropolitana Callao y Ventanilla, conformándose un equipo de tres personas liderado por el Fiscal Provincial Hamilton Castro Trigoso, un Fiscal Adjunto Provincial y un asistente, lo que si bien no es un inicio ostentoso, representa la iniciativa de cambio que a su vez se reflejará en los demás distritos fiscales; así mismo por su parte el Poder Judicial puso en funcionamiento 21 juzgados de extinción de dominio ubicados en diversos distritos judiciales del país; a su vez la Policía Nacional también en Lima ha creado una división de extinción de dominio.

El Plan de implementación se vendrá operativizando a nivel nacional, siendo que este sistema podría ser el proveedor de recursos para otras instituciones públicas.

La carga de la fiscalía especializada en extinción de dominio, al momento de empezar mediados de febrero, era carga “cero”, actualmente tienen aproximadamente cuarenta (40) casos, sin considerar que no todas las fiscalías han derivado casos para el consecuente proceso de extinción de dominio por lo que existe una carga potencial enorme. Una de las medidas realizadas ha sido cursar comunicaciones – oficios – a los subsistemas nacionales especializados de crimen organizado, corrupción de funcionarios y las fiscalías de lavado de activos que son los mayores proveedores de bienes afectados con medidas de incautación dentro de las investigaciones penales que pueden (en atención a sus circunstancias) ir a una indagación patrimonial de extinción de dominio, no obstante que a nivel nacional hay mil setecientos bienes inmuebles incautados sin medida de d

A la fecha, el Ministerio Público logró la primera sentencia de extinción de dominio, desde la

entrada en vigencia del D. L. 137, logrando recuperar más de \$ 1 000 000. 00 (un millón de dólares) de una cuenta vinculada a Marco Antonio Ibárcena Dworzak, en el Banco Prudential Bache International Bank Limited de Luxemburgo; así lo dio a conocer el fiscal Hamilton Castro Trigoso, titular de la Fiscalía Provincial Penal de Extinción de Dominio de Lima Metropolitana Callao y Ventanilla, quien sostuvo en juicio oral que Ibárcena Dworzak es beneficiario de la cuenta abierta por su fallecido padre Antonio Américo Ibárcena Amico, a nombre de Southland Securities Inc. Desde el 28 de noviembre de 2002 dicha cuenta se encontraba en la Caja de Compensación de la Tesorería del Estado de Luxemburgo, sin registrar movimientos bancarios siendo que el 23 de abril del 2003 registró un saldo de US\$ 1 045 362. 46 (un millón cuarenta y cinco mil trescientos sesenta y dos millones de dólares).

La investigación del Ministerio Público demostró que el dinero depositado en beneficio de Ibárcena Dworzak proviene de actividades ilícitas, relacionadas con delitos contra la administración pública y lavado de activos, cometidos por la red de corrupción del gobierno del expresidente Alberto Fujimori y altos jefes militares de la Marina de Guerra del Perú, como su comandante general Ibárcena Amico. Estos actos de corrupción consistieron en beneficiar a las empresas proveedoras mediante licitaciones irregulares para la adquisición de armamento militar. La sentencia obtenida por el fiscal Castro Trigoso ordena la recuperación de todo el dinero de dicha cuenta, más los intereses que haya generado, a favor de Estado; al declarar extinguidos los derechos sobre la misma de Ibárcena Dworzak; ejecutoriada la sentencia, se deberá tramitar la Asistencia Jurídica Internacional hacia las autoridades respectivas del Gran Ducado de Luxemburgo, conforme a las leyes respectivas.

4.- APRECIACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El actual Decreto Legislativo N° 1373, Ley de Extinción de Dominio ha establecido que el procedimiento para llevar a cabo este proceso tiene dos etapas: (i) la etapa de indagación patrimonial y (ii) la etapa judicial; la primera etapa, es de carácter reservado y se encuentra bajo la dirección del Ministerio Público, en estricto de un Fiscal Especializado, y la segunda, se encuentra bajo la dirección del órgano jurisdiccional siendo un Juzgado Especializado el competente para este tipo de procesos que decidirá sobre el bien.

A través de esta ley, se le faculta al Ministerio Público a intervenir en este proceso de carácter patrimonial y de naturaleza real, en razón de presumir la ilicitud del bien. El objetivo de este proceso es demostrar que los bienes materia del proceso se encuentran dentro de los presupuestos que la norma establece para que sean extinguidos a favor del Estado.

La finalidad de indagación patrimonial o investigación preliminar es identificar, individualizar, localizar y ubicar los bienes de valor patrimonial sobre los cuales podría recaer el proceso, asimismo localizar a los supuestos titulares de los bienes y reunir elementos probatorios o indicios concurrentes y razonables para establecer que los bienes materia de investigación se encuentran dentro de los alcances de aplicación del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1373, Ley de Pérdida de Dominio, la misma que establece los tipos de bienes que pueden ser afectados por un proceso de pérdida de dominio, determinándose que los supuestos de aplicación es en los objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y, que se presume, que son producto directo o indirecto de una actividad delictiva o establecer si las personas que se encuentran en propiedad o en posesión de los bienes han tenido capacidad económica para adquirirlos en forma lícita de lo contrario se presumirá –bajo elementos razonables– que fueron adquiridos como consecuencia del desarrollo de una actividad delictiva; cabe resaltar que en este proceso no se busca establecer la responsabilidad del agente por el delito que presuntamente ha cometido, lo que se busca es que el Estado ataque los bienes producto del ilícito, o aquellos que el sujeto no los haya podido justificar legalmente, es un proceso que está dirigido al patrimonio, mas no a la persona.

4.1. LA LEGITIMIDAD DE LA LEY

El derecho de propiedad es uno de los derechos fundamentales de la persona, en nuestra legislación se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú y el Código Civil. En efecto, el derecho de propiedad se consagra como un derecho inviolable, no obstante, este derecho debe ejercerse en armonía con el “interés social” y dentro de los “límites de la ley”, en ese sentido solo se protege constitucionalmente el derecho de propiedad cuando se cumplen con estos presupuestos.

Los bienes, objetos, instrumentos, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas o

los activos ilícitos en general definitivamente son obtenidos en contra del interés social y fuera de los límites de la ley, conducta que no puede legitimarse, menos aún como algunos postulan a lo largo del tiempo (prescripción o adquisición por prescripción), el derecho de propiedad, bajo estas circunstancias, no logra materializarse. Bajo este razonamiento “jamás se configura el derecho de propiedad”.

Bajo ese razonamiento, yo no puedo transferir lo que no tengo, porque no hubo derecho adquirido en ningún momento, lo que habilita perseguir el patrimonio en manos de “quien lo tenga”, ya sea como propietario o posesionario, directa o indirectamente.

Esta precisión se ha recogido en el artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1373 sobre extinción de dominio, “la protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico. Asimismo, poseer, detentar o utilizar bienes de origen ilícito o destino ilícito no constituye justo título, salvo el derecho del tercero de buena fe”. Ahora bien, al respecto del “tercero de buena fe”, debe advertirse prudencia y diligencia para la adquisición de bienes, el tercero de buena fe exento de culpa es aquel que actúa con la diligencia debida para adquirir un bien y es el único que podría alegar la adquisición de propiedad en justo título.

4.2 ETAPAS DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

El proceso tiene dos etapas:

1. Indagación patrimonial. –

Encabezada en el ministerio público –el fiscal especializado en extinción de dominio–, es una actuación reservada, si bien en algunos países es público, ello dificulta la efectividad de la acción por cuanto lo más probable es inmediatamente el cambio del titular del bien hasta dificultar su identificación. El plazo de la indagación patrimonial es de 12 meses, prorrogables por única vez por un plazo igual, los casos definidos como complejos tiene un plazo de hasta 36 meses, prorrogables por igual tiempo. En efecto, es un término muy corto, irreal de cara a la realidad de las dinámicas de investigación; por ejemplo, este tiempo resulta escaso frente a una solicitud de cooperación internacional, sin embargo, la ley no ha previsto un término de prescripción, por lo que el plazo es un margen referencial de término

de tiempo para la indagación patrimonial. Dentro de esta etapa se pueden adoptar medidas cautelares de urgencia que se validan ante un juez, las mismas que pueden ser apeladas, estas medidas están representadas por la inmovilización, incautación, inhibición, e inscripción. El Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) es el encargado de administrar los bienes que se encuentran afectados con las medidas adoptadas en el marco de este Decreto Legislativo; si después de la indagación hay elementos de convicción suficientes, se presenta la demanda ante el juez de extinción de dominio, pidiendo la procedencia de la acción; de lo contrario el archivo del proceso está sujeto a varios controles, procede la queja por el Procurador Público, si no se interpone queja contra la disposición de archivo, esta se eleva en consulta al fiscal superior, aun así es auditable en cualquier momento, al parecer no hace tránsito a cosa juzgada, el archivo constituye cosa decidida y solo puede iniciarse una nueva indagación patrimonial sobre los mismos bienes si es que se encuentran nuevas pruebas.

2. Etapa judicial. –

Si hay demanda de extinción de dominio se inicia la etapa judicial, en esta demandada contendrá los elementos señalados en el artículo 17 del Decreto Legislativo, posteriormente se realizará la calificación de la demanda, si es admitida a trámite seguirá la etapa de contestación de la demanda por aquellos que figuran como titulares de los derechos de dominio de los distintos bienes que se han planteado dentro de la demanda de extinción, estos ofrecerán los medios probatorios que crean convenientes para acreditar la titularidad de sus bienes. Siendo así, previamente se celebrará una audiencia inicial que básicamente es para la verificación de la legitimación de las partes, se presentará la demanda, procederá su contestación y admisibilidad o rechazo de las pruebas ofrecidas. Si bien se pueden plantear excepciones y nulidades, en ningún caso, el proceso se suspende por cuestiones previas, defensas previas o cualquier otro mecanismo procesal que busque su finalidad; la siguiente audiencia es la de actuación de medios probatorios donde se desarrollan las pruebas y se emite una sentencia, que declara la fundabilidad o desestimación de la demanda.

Un resumen básico del proceso de extinción de dominio, se deja ver en estas tres acciones:

- Identificación: Buscar bienes que cumplan con las causales de procedibilidad de la acción de extinción de dominio.

- Aseguramiento: Para evitar que se pierdan, los aseguro, con las medidas cautelares que puedo adoptar sobre los bienes.

- Disposición: Al final de la sentencia se dispone si se declara improcedente se devuelva al titular, y si es procedente pasa a manos de PRONABI y se toma las acciones de disposición final.

4.3 LA IDENTIFICACIÓN DE BIENES

“A veces lo obvio no es lo real”

En muchas ocasiones, para ocultar los activos ilícitos o el patrimonio ilegal, se utilizan artilugios como venderlos y simular la entrega del bien a un tercero; sin embargo, la posesión o administración continúa siendo ejercida por un beneficiario final (el verdadero titular), incluso pueden ser ocultados fuera del país de origen y dependiendo del bien, utilizar cajillas de seguridad en entidades financieras, adquirir tarjetas prepagadas para ocultar ingentes cantidades, encriptar monedas, incluso utilizar otros productos y servicios financieros sin razonabilidad económica.

¿Cómo identificamos los bienes? “Creatividad”

Uno tiene que ser creativo y recurrir a distintas herramientas, porque identificar bienes no es tan sencillo. Si nosotros nos enfocamos en los bienes solo de las personas involucradas directamente con el delito será muy difícil encontrar los bienes.

En el marco de un proceso penal uno identifica el caso:

- Caso fácil:

Cuando identificas al investigado y relacionas sus bienes directamente, es sencillo solicitar al registro sus propiedades y aplicar medidas cautelares, inscribirlas y decomisarlas.

- Caso difícil:

Cuando no se tienen los bienes relacionados directamente. Los bienes no están inscritos o están inscritos a nombre de terceros (testaferros, que son familia, amigos en general personas cercanas, familia política, personas de confianza, etc.).

¿Qué hacer con los bienes?

Tema aparte es el mantenimiento de los bienes incautados, cuesta -no es lo mismo incautar una propiedad inmueble que un bien mueble- requiere mayor mantenimiento –por ejemplo, un vehículo–, así otros bienes requieren inversión para su mantenimiento, incluso para obtener de ellos alguna utilidad, se debe procurar que sean

productivos mientras estén en custodia del Estado.

¿Cómo encontrar vínculos? “Se debe crear el material de información”.

- Labores de vecindario:

De pronto uno tiene ciertos indicios de algunas propiedades y solo corrobora esta información con un poco de indagación periférica, “toca de ir a poquitos”, verificando y preguntando porque siempre hay un hilo suelto en la tela de dónde empezar a jalar.

- La recuperación/recolección de información:

Se pueden utilizar medios electrónicos, revisar archivos personales y físicos, correos electrónicos, whatsApp, y otras redes sociales (por ejemplo, facebook: donde se tiene información personal, ubicación, vínculos familiares, relaciones interpersonales, comentarios, fotos del día a día de las personas, si realizó viajes, en general su dinámica de vida; instagram: si bien no se pueden encontrar vínculos directos, pero algunas de las personas muestran sus lujos y vanidades, nos facilita identificar su calidad de vida que mantienen; linkedin: que es una red social-laboral, en esta se pueden obtener datos de relaciones laborales, conocer el ámbito de su desarrollo profesional; twitter: que es una plataforma social en línea que permite interactuar a los usuarios en enviar y leer mensajes lo cual también puede ayudar a determinar algunos vínculos o afinidades de determinadas personas. En general, buscamos patrones comunes que vinculen a terceros con el verdadero titular, el beneficiario final; no se debe olvidar que existe una relación “pendiente”, la obligación de entregar el bien en algún momento.

- Prestar atención en los detalles:

Usualmente en la recepción de declaraciones además de advertirse contradicciones e inconsistencias, usualmente los terceros adquirentes no conocen los detalles sobre la adquisición de bienes, si yo no soy el dueño de algo, normalmente no tengo la información completa, los detalles los conoce el titular real del bien, los otros no conocen los detalles, es un ejercicio interrogatorio de gran utilidad.

- La importancia de instituciones de apoyo – el trabajo en conjunto:

Es importante el cruce de información con fuentes fiables que brinden datos precisos; por ejemplo, con la Unidad de Inteligencia Financiera, ellos manejan de primera mano, la información

financiera con la cual se pueden establecer los vínculos o nexos entre el beneficiario final y los terceros.

- Información migratoria:

La frecuencia de viajes puede determinar el vínculo de una persona y posibles bienes adquiridos en otro lugar distinto al de su residencia, además del nivel nacional, también podrían adquirirse bienes fuera del país.

- Pago de arbitrios:

Se debe verificar quién realiza los pagos sobre los bienes, ya sea por seguros del bien, arbitrios, etc. Ello representa un indicio de quién es el beneficiario real de la propiedad.

¿Qué olvidamos? “Movimientos financieros a los que no les prestamos atención”.

- Compras menores: que usualmente son bastante mayores en costos, por ejemplo, carteras, zapatos, joyas, bienes valorizados en grandes cifras.

- Compras por internet: usualmente no se tienen registros de las compras y ventas por internet, existe cierta incertidumbre en ese tipo de transacciones.

- Compras con créditos: estos créditos revolventes se alimentan sin justificación, por ejemplo, tarjetas de crédito. Aquí, además, se deberán tener en cuenta otros aspectos, ¿por qué le dan el crédito? ¿en cuánto tiempo cancela el crédito?, ¿con qué dinero pago el crédito?, ¿cuántos créditos realiza?

- Valores irreales en las operaciones: ¿cuál es el valor real de los bienes?, se puede mentir sobre las condiciones de un negocio o un bien, y la diferencia representará el incremento del patrimonio, para tal caso se utilizan los peritajes para determinar los valores reales. Se debe prestar mucho detalle al valor de las operaciones.

4.4 COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Dentro de los nuevos aspectos “la cooperación” es una importante innovación y no solo en lo que concierne a la cooperación internacional, la misma que se encuentra desarrollada en los artículos 49 al 53 del Decreto Legislativo N° 1373, sino además la cooperación interinstitucional que se ha consignado por un lado en el artículo 43°, del referido texto legislativo, refiriendo que todas las entidades, organismos e instituciones del Estado, así como sus funcionarios, servidores y representantes, están obligados a brindar el apoyo que solicite el fiscal. Asimismo en el artículo 44° se deja constancia de la obligación de todo

servidor o funcionario público, que en el marco del ejercicio de su cargo o de sus funciones específicas tenga conocimiento de la existencia de bienes que pueden ser objeto de extinción de dominio, informe inmediatamente al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones; esto incluye, además, a las fiscalías no especializadas en extinción de dominio, si dentro de una investigación advierten de la existencia de bienes que se presumen de origen ilícito y, ante la urgencia o incluso la imposibilidad por alguna circunstancia de efectivizar el decomiso, tienen la obligación de comunicar a la fiscalía especializada de extinción de dominio. Esta obligación se traslada además al particular, prescribiéndose en el artículo 45° que las personas naturales o jurídicas tienen la obligación de informar de manera inmediata y detallada los requerimientos formulados por el fiscal especializado y comunicar sobre la existencia de bienes que se presuman de origen ilícito; dentro de esta lista de obligados a cooperar, no se deja de lado a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, siendo esta una de las principales entidades involucradas con el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Toda esta mecánica coincide con las políticas de prevención de los delitos de criminalidad organizada y lavado de activos, a propósito, el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo conformado por políticas y procedimientos establecidos que también involucra a determinados sujetos obligados comunicar ante actividades económicas o financieras sospechosas (que se presuman ilícitas), información que se brinda además dentro de un margen de reserva. El Sistema de prevención del LA/FT debe ser aplicado por el sujeto obligado, su oficial de cumplimiento, sus trabajadores y directores; y, en general, por toda su organización administrativa y operativa, de acuerdo con las funciones que les corresponda, aplicando el Código de Conducta y el Manual para la prevención del LA/FT que para dicho efecto apruebe. Su aplicación debe concentrarse en la detección de operaciones inusuales y la prevención, detección y reporte de operaciones sospechosas (ROS) que estén presuntamente vinculadas al LA/FT, con el fin de comunicarlas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú), en el plazo legal establecido. Así, los sujetos obligados, tienen el deber de reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera Perú las operaciones sospechosas que se aprecien en su tracto económico y que, además, tienen la obligación de conocer su

negocio, conocer a su cliente, conocer a sus proveedores y conocer a sus colaboradores; a su vez, la Unidad de Inteligencia Financiera –recibe, procesa, analiza la información y comunica–, pone a conocimiento del Ministerio Público la presunta comisión de alguna irregularidad vinculada con el delito de Lavado de Activos, y en consecuencia el Ministerio Público procede conforme a sus atribuciones –investiga–.

4.5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

¿Qué hacemos cuando nuestro delincuente tiene la intención de “invertir” en otro país?

Para identificar bienes en el extranjero se utiliza la asistencia internacional.

En estos supuestos, aplicamos estos mecanismos:

1. Obtener información “espontánea”. –

La información espontánea es aquella que se brinda sin mediar una solicitud formal de asistencia internacional, es una conversación entre países para la obtención de algunos datos.

2. Obtener información “formal”. –

La información formal surge por ejemplo, de informes de INTERPOL o de UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), previamente de identificar el bien o los activos ilícitos, se procede con la Cooperación Internacional a través de la solicitud de asistencia a través de la unidad de Cooperación de la Fiscalía de la Nación dirigiéndose a la autoridad competente, argumentando sucintamente los hechos, indicando el delito, la cooperación radica en el principio de confianza, y lo que argumenta el estado requirente es suficiente para el país al cual se requiere la información, excepto sea una medida cautelar.

¿Es necesario que el investigado incurra en una situación sospechosa en el otro país?

No, no es necesario que exista una investigación en el otro país.

Para utilizar las herramientas básicas de la cooperación se tienen que conocer las reglas básicas del otro país, los convenios y las reglas internas del otro país, algunos tienen altos estándares (ejemplo: Suiza), requieren una alta causa probable para efectos de brindar información sensible.

No siempre se sugiere realizar pedidos abiertos, se deben verificar los convenios de la legislación

interna y cada caso en específico solicitar la información precisa.

Para la Cooperación Internacional, uno debe saber pedir, sobre qué es lo que quiero o qué es lo que necesito. Tengo que precisar qué información necesito. No se puede brindar información que no ha sido solicitada porque ello puede representar una vulneración a determinados derechos fundamentales, la información que se brinda es aquella información que se solicita.

No todos los países coinciden con los tecnicismos; en efecto, cada país tiene sus propias denominaciones para tal caso.

Por ejemplo, ¿cómo solicitar la partida registral de una empresa en Colombia?, en efecto, en Colombia la información se requerirá como el certificado de asistencia y representación legal, siendo este el documento que da sustento probatorio a una persona jurídica que, generalmente es una sociedad comercial; otro ejemplo, si en Colombia se requiriera información respecto de vinculación de un servidor público, ¿cómo determinar esta relación? en Colombia los servidores públicos se llaman empleados oficiales. Si yo requiero, por ejemplo, el contrato de trabajo de una persona que en Colombia es servidor público, ellos no siempre tienen contrato de trabajo; sin embargo, han sido nombrados y se han posesionado por lo que se rigen por un manual de funciones.

Pero, a pesar de estas dificultades, entre diferencias de denominaciones y reglas internas, tenemos tratados y convenios generales, normas específicas de asistencia y cooperación internacional y sobre la base de estas convenciones se puede negociar con casi todos los países; así se tendrá necesariamente que evaluar los convenios que se aplican con un país y respaldarnos para obtener información.

Algunas recomendaciones:

- En las solicitudes de cooperación internacional, pedir de forma específica, pero dentro de un margen de entendimiento general sobre lo que se necesita, facilitar un número de contacto de la autoridad competente para coordinar detalles o dudas, y coordinar con la Unidad de Inteligencia Financiera, para identificar determinados datos; por ejemplo, números de cuentas bancarias, posteriormente con estos datos requerir la información de forma precisa.

Algunos problemas:

- La mayoría de los funcionarios no conocen los

mecanismos.

- Los funcionarios no cumplen con el deber de informar.

4.5 PRIORIZACIÓN DE BIENES

Los bienes patrimoniales son todos aquellos que pueden generar utilidad, rentabilidad u otra ventaja que represente un interés económico relevante para el Estado. Según el artículo 8° del Decreto Supremo N° 007-2019-JUS, publicado el 01 de febrero de 2019, Reglamento del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, son bienes de interés económico relevante cuando:

- a. Los bienes tienen un valor igual o superior a cuatro (4) unidades Impositivas Tributarias;
- b. Se trate de dinero en efectivo; o,
- c. Cuando a criterio del fiscal su uso o enajenación sea beneficioso al Estado, siempre que los recursos que se inviertan para su consecución no sean mayores que su valor o rentabilidad.

No obstante, sin perjuicio de estos criterios, tratándose de bienes patrimoniales cuyo uso o destinación tengan un fin ilícito, el Fiscal Especializado evalúa dar inicio de la indagación, sin considerar los criterios antes establecidos.

En términos generales, las acciones de recuperación de un bien no pueden ser mayores al monto del bien; en este caso se deben considerar los criterios, previo a la decisión de la extensión de dominio, la conveniencia del Estado está expresamente señalado, porque el proceso de extinción no debería ser más costoso del bien en sí mismo; de otro lado, se debe entregar a la autoridad competente para que lo administre y gestiones de forma idónea, para la utilización y mantenimiento del bien, generar mecanismos estrictos de administración.

Se debe considerar el destino final de los bienes frente a una declaración de extinción de dominio, puede presentarse un conflicto de intereses entre determinadas instituciones del estado, para ello es necesario determinar necesidades y prioridades.

4.6 CARGA DE LA PRUEBA

Durante la primera etapa de indagación patrimonial, recae en el Ministerio Público, hasta la presentación de la demanda; una vez iniciado el proceso en vía judicial, la persona titular del derecho dominio es quien tiene la obligación de desvirtuar lo señalado por el fiscal especializado de extinción de dominio.

El Ministerio Público –en estricto el fiscal

especializado– debe acreditar los presupuestos de procedibilidad, lo primero es que se trate de un activo pasible de la acción de extinción, que sea valorable económicamente frente a un derecho real, demostrar quién es el titular del bien, incluso procede la acción en el supuesto de bienes abandonados; si estos, de alguna forma, se vinculan con actividades ilícitas, no obstante, no se tienen que demostrar las actividades ilícitas. En efecto, ya no se depende de un proceso penal como anteriormente se estipulaba con el Decreto Legislativo de Pérdida de Dominio; la Extinción de Dominio es autónoma, independiente del proceso penal, solo debo tener elementos que acrediten que los activos provengan de una actividad ilícita, ello no implica una demostración circunstanciada de la actividad ilícita. Se deben tener unos indicios claros entre el nexo del bien y la actividad.

Por otro lado, respecto al supuesto de incremento patrimonial sin aparente justificación; si bien no se logra determinar la actividad ilícita o el vínculo con la actividad ilícita, sí se puede demostrar que es un incremento patrimonial que no se sustenta en una causa lícita y es mucho más fácil de demostrar que las otras causales, lo que se pretende es facilitar la extinción de dominio.

Básicamente, se necesita una relación nexo causal fundamentada suficiente desde la indagación patrimonial (elementos de convicción).

5.- CONCLUSIONES

- La afectación patrimonial de investigado, incluso es mayor que la afectación penal sobre el investigado, en tanto que representa un impacto económico directo e indirecto sobre sus activos, considerándose que, habilitado nuestro sistema de prevención, la alerta generada sobre la posible vinculación con los activos y un ilícito en el sistema financiero indefectiblemente afectará sus relaciones y operaciones comerciales.
- En el curso de la indagación patrimonial (investigación), se debe utilizar todas las herramientas necesarias, dentro de la actual plataforma virtual para determinar vínculos y advertir de algunos indicios sobre la dinámica de vida de los investigados, así también utilizar la cooperación interinstitucional para cruzar información, además de recurrir a otras fuentes confiables directas, como de la Unidad de Inteligencia Financiera; por último, utilizar el mecanismo de asistencia internacional en el supuesto de conexiones en otros países.
- Los estados que asumen la posición de unificación frente a la criminalidad organizada,

han operativizado tratados internacionales a efectos de compartir información; no obstante, no debemos dejar de lado que siempre existe la información espontánea, sin que medie una solicitud de asistencia internacional, por lo que producto de una colaboración espontánea, se pueden obtener datos importantes para ejecutar una acción o medida concreta.

- El proceso penal tiene que procurar ejecutar de forma efectiva sus medidas cautelares y cuando no se puedan recuperar los bienes derivados de actividades delictivas, habilitar el proceso de extinción de dominio, porque la acreditación del nexo con las conductas en el marco del proceso penal es mucho más viable para adoptar al final una medida de decomiso; sin embargo, debe considerarse que el proceso de extinción de dominio es autónomo y, por tanto, puede iniciarse en cualquier momento, incluso sin un proceso penal de por medio.
- La ley de extinción es una acción patrimonial que recae sobre bienes y no personas, y no nos

interesa el nivel de participación frente a la conducta delictiva, la calidad del sujeto involucrado con el ilícito (autor o partícipe), incluso si colabora con la investigación (colaborador eficaz) porque ello no implica un beneficio para determinar la exclusión de alguno de los bienes. La afectación patrimonial tiene como consecuencia el origen ilícito de los bienes; no obstante, en la práctica colaborar con la investigación, si se interpreta como una herramienta de política criminal, incluyendo criterios de necesidad y oportunidad, podría (dependiendo de la autoridad competente) tratar de extenderse algún beneficio, aunque no es la esencia de aplicación de la ley.

- Para medición de resultados, se debe determinar la tasación exacta de los bienes, se entiende que el proceso de “recuperación de bienes” no puede ser más costoso que el mismo bien.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El Delito de Lavado de Activos”. Lima, abril 2018.
 2. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. “Decomiso y Pérdida de Dominio”. Lima, mayo 2018.
 3. CHÁVEZ COTRINA, Jorge W. “La Pérdida de Dominio”. Lima, junio 2018.
 4. Cartilla elaborada por Superintendencia de Banca, Seguros y AFP con la cooperación Alemana implementada por GIZ. “Política y Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo”. Lima, julio 2018.
 5. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_Economia_crimen_organizado_mj
 6. http://intranet.mpfj.gob.pe/notinfo-detalle.php?not_idcodigo=57156
 7. <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/resena-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera-del-peru>
 8. <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Sistema-de-Lucha-Contra-el-LA-FT/Sistema-de-prevencion-del-LA-FT-SPLAFT>
-

ESTANDAR PROBATORIO DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACION ¿QUE TIPOS DE DAÑOS SE LESIONAN?

STANDARD PROBATION OF THE CIVIL REPARATION IN THE CRIMES OF PECULADO DOLOSO FOR APPROPRIATION WHAT TYPES OF DAMAGES ARE INJURED?

Carlos Alberto Copaja Zuñiga

Abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna-Perú, Egresado de la Maestría con mención en derecho Penal y Procesal Penal de la UNJBG de Tacna, Ponente en el I Curso Taller de Derecho Procesal realizado por el Colegio de Abogados de Tacna, Conciliador Extrajudicial.

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- MEDIO DE PRUEBA IDONEO QUE DETERMINA LA IMPOSICION DE UNA REPARACION CIVIL EN ATENCION AL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES CAUSADOS AL ESTADO DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACION ¿QUE TIPO DE DAÑO ES?-
- 3.- MEDIO DE PRUEBA IDONEO QUE DETERMINA LA IMPOSICION DE UNA REPARACION CIVIL EN ATENCION AL PRINCIPIO DE LEALTAD Y PROBIDAD ¿QUE TIPO DE DAÑO ES?-
- 4.- CONCLUSIONES

RESUMEN

Al ser el Delito de Peculado Doloso de afectación de naturaleza pluriofensiva el actor civil (Representado por la Procuraduría Anticorrupción) cumple un rol importante en esta lucha infranqueable contra la corrupción, cual es lograr acreditar el Daño ocasionado producto de una conducta antijurídica del imputado responsable, para tal fin es necesario primero que se ofrezca los elementos de prueba más idóneos para determinar el perjuicio real causado al estado y segundo se efectúe una fundamentación clara y precisa de la pretensión civil. Para ello es imperativo identificar qué tipo de daños son los que se lesionan (Si es Daño patrimonial, daño emergente o lucro cesante; Daño extra patrimonial, daño a la imagen, institucionalidad), individualizando los elementos constitutivos de la reparación civil – Inimputabilidad, Antijuridicidad, Nexo Causal, Factor de Atribución y Daño - a efectos de que el juzgador tenga una idea clara que la pretensión civil es muy distinta a la pretensión penal siendo su función netamente Resarcitoria.

Palabras Claves: Peculado Doloso, Corrupción de Funcionarios, Actor Civil, Elementos de la Responsabilidad Civil, Daño Patrimonial, Daño Extra Patrimonial, Conducta Antijurídica, Medios de Prueba idóneos, Naturaleza Resarcitoria, Individualización de Pretensiones.

ABSTRACT

Being the Crime of Peculado Doloso of affectation of pluriofensiva nature the civil actor (Represented by the Anticorruption Attorney) plays an important role in this insurmountable fight against corruption, which is to prove the damage caused as a result of the unlawful behavior of the accused responsible, for this purpose it is necessary first to offer the most suitable elements of evidence to determine the actual damage caused to the state and second to make a clear and precise foundation of the civil claim. To do so, it is imperative to identify what type of damage is caused by injury (If it is damage to property, emerging damage or lost profits, extra property damage, damage to the image, institutionality), individualizing the constituent elements of civil repairation - Inimputability, Unlawfulness, Causal Nexus, Attribution and Damage Factor - to the effect that the judge has a clear idea that the civil claim is very different from the criminal claim being its function Clearly Resarcitoria.

Key word: Dolous Peculiarity, Corruption of Officials, Civil Actor, Elements of Civil Liability, Patrimonial Damage, Extra Patrimonial Damage, Illegal Conduct, Suitable Means of Evidence, Nature of Reconsideration, Individualization of Pretensions.

1.- INTRODUCCIÓN:

A raíz de los hechos que se han venido aconteciendo en el Perú desde el periodo del Gobierno del Alberto Fujimori (1990-2000); Alejandro Toledo (2001-2006); Ollanta Humala Tasso (2011-2016) y ahora los últimos hechos recientes al Caso ODEBRECH, el Estado en su lucha infranqueable contra la corrupción ha aprobado diversas normas para hacerle frente, fijándose así lineamientos de política en la lucha contra la corrupción, como son la Ley N° 27806 Ley de transparencia y acceso a la información pública, Ley N° 27815 Ley del Código de Ética, el D.S. N° 046-2013-PCM que aprueba la Estrategia Anticorrupción del Poder Ejecutivo, Ley N° 29976 Ley que crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, Ley N° 30650 por la que se declara la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública o contra el Patrimonio del Estado, D.S. N° 092-2017-PCM Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, D.L. N° 1352 que amplía la responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, en razón a que una de las funciones del Estado es Defender, Proteger y Promover el bienestar general de la sociedad aplicando los lineamientos legales adecuados para hacerle frente.

Y en el presente caso la labor de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha sido importante en la lucha frontal en los Delitos que son de su competencia (382 al 400 del C.P.). Pues tiene como función importante en su condición de Actor Civil lograr que el Juez imponga a la persona responsable la obligación de Reparar los Daños que este ha Ocasionado a consecuencia de un hecho antijurídico realizado específicamente por funcionario o servidor público; Para la Obtención de tal finalidad es necesario que el Actor Civil Ofrezca los medios de Prueba idóneos que determinen el perjuicio causado al estado. Con respecto al Delito de Peculado Doloso por Apropiación la Corte Suprema ha establecido en su Acuerdo Plenario 04-2005 que al ser este tipo de delitos de naturaleza Pluriofensiva el bien jurídico vulnerado se divide en dos, principio de no lesividad de los intereses patrimoniales causados al estado y los deberes de lealtad y probidad que debe tener todo funcionario o servidor público para con el Estado.

El estándar probatorio para la imposición de una reparación civil gira en torno a identificar que tipos de daños son los que se lesionan, si es daño emergente, lucro cesante o daño a la persona y en base a ello fundamentarlo y pedir el monto correspondiente. Jugando un rol importante para tal fin la individualización de los elementos

constitutivos de la responsabilidad civil (inimputabilidad, conducta antijurídica, nexo causal, factor de atribución, daño). Con estos presupuestos el Juzgador va a tener una idea clara que la pretensión civil es totalmente distinta a la pretensión penal siendo su función netamente Resarcitoria, teniendo la obligación de verificar lo que establece el artículo 12.3 del CPP que habilita la posibilidad de imponer una reparación civil en un auto de sobreseimiento o en una sentencia absolutoria, en razón ya a que el artículo 101 del CP señala que para la imposición de una reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del código civil si partimos por ese punto debe tenerse en cuenta que el daño se puede plasmar no solo dentro del plano subjetivo sino también objetivo desde el punto de la infracción a las normas de aquel funcionario o servidor público que no ejecuta una obligación y en base a esa inexecución se genera un perjuicio patrimonial que está obligado a indemnizarlo.

2.- MEDIO DE PRUEBA IDONEO QUE DETERMINA LA IMPOSICION DE UNA REPARACION CIVIL EN ATENCION AL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES CAUSADOS AL ESTADO DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACION ¿QUE TIPO DE DAÑO ES?:

Para poder graficar la idea del perjuicio ocasionado al estado en el delito de Peculado Doloso por Apropiación debe tenerse en cuenta que el artículo 387 del C.P. sanciona al funcionario o servidor público que se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia, o hace suyos los caudales o efectos del estado que le ha sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos custodiarlos o administrarlos, el agente actúa con *Animus Rem Sibi Habendi* en razón a que el funcionario Peculador no sustrae los bienes ellos ya están en poder de disposición por el cargo que desempeñan. Razón por la cual al ser un delito especial característicos de los injustos funcionariales el bien jurídico vulnerado se subdivide en dos primero por el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del estado y segundo por el principio de lealtad y probidad que debe tener todo funcionario o servidor público para con la administración pública, partiendo por el primer supuesto a efectos de poder establecer el elemento objetivo – perjuicio patrimonial – ya la Jurisprudencia nacional ha establecido que debe realizarse una pericia contable o una valorización que evidencie el daño ocasionado al estado. Y así lo ha señalado la Corte

Suprema en su recurso de nulidad N° 525-2015-Ayacucho donde resalta la importancia de la pericia contable para establecer con real dimensión el perjuicio causado al estado siendo ello así la función del actor civil (Representado por la Procuraduría Anticorrupción) en estos tipos de delitos es solicitar al Ministerio público los actos de investigación y de prueba que considere pertinentes para determinar la existencia de un daño causado como es un pericia contable que requiere una mejor explicación y comprensión de algún hecho que requiera conocimientos especializados para establecer el perjuicio que se ha ocasionado o en su defectos ofrecerla de parte que cumpla la misma finalidad.

Toda vez que la pretensión civil es totalmente distinta a la pretensión penal, tiene notas propias y finalidades distintas cual es netamente RESARCITORIA por ello se debe de ofrecer los elementos de prueba que acredite el daño. Daño que no golpea en una sola dirección causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación de diversos fragmentos económicamente dañinos lo que se trata es captar la magnitud del daño y repararlo, lográndose determinar que los daños patrimoniales en este tipo de delitos comprende al Daño Emergente y al Lucro Cesante y así lo tiene establecido el artículo 1985 del C.C. Que busca primero restituir la pérdida sufrida como consecuencia del daño y segundo el no incremento en el patrimonio del dañado, daño tiene que ser cierto y actual en razón a que son delitos de resultado.

Para poder establecer un criterio cuantificador del tipo de daños que se lesionan compartimos el criterio del Maestro Juan Espinoza Espinoza que nos dice “A efectos de una adecuada reparación, la parte civil debe individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales se está solicitando la indemnización” y ello lo establece el artículo 93 del CP cuando dice que la reparación civil comprende la devolución del bien o el pago por su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Por ello es imperativo para la teoría del caso del actor civil individualizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil a efectos de generarle convicción al Juez con respecto a cuándo estamos ante una responsabilidad patrimonial y cuando ante una responsabilidad extra patrimonial.

Ahora, si bien sucede que en algunos casos de peculado doloso por apropiación no se llegan a practicar una pericia contable para establecer la real dimensión del perjuicio patrimonial causado al estado, ello no quiere decir que este sea el único

elemento de prueba para probar el daño ocasionado por el agente, toda vez que el artículo 201 del CPP (Preexistencia y Valoración) nos dice en su numeral 2 “La valorización de las cosas o bienes o la determinación del importe del perjuicio o daños sufridos, cuando corresponda, se hará pericialmente, SALVO QUE NO RESULTE NECESARIO HACERLO POR EXISTIR OTRO MEDIO DE PRUEBA IDONEO ...” dichas pruebas pueden ser por ejemplo, comprantes de pago, Órdenes de compra, guías de internamiento, entre otras que acrediten el ingreso del bien y compra del mismo a favor de la entidad agraviada y el vínculo que existe entre el agente y el bien apropiado. Así lo ha señalado la corte suprema en la casación N° 646-2015-Huaura cuando dice en su fundamento Octavo “La disposición legal referida a la comprobación del delito se refiere a las materialidades con que se expresa la concreta infracción punible.... La norma con que se desprende este dispositivo legal destaca tanto el principio de libertad probatoria, cuanto, con él, en atención a su incidencia objetiva una exigencia mínima respecto al estándar de la prueba de la preexistencia”. Partiendo bajo ese criterio es viable para el actor civil ofrecer otros medios de prueba que se considere idóneos para acreditar el daño ocasionado al estado.

En razón a que el Juez tiene la obligación de analizar dichos fundamentos en aplicación del artículo 12.3 del CPP así lo ha señalado la sala penal de apelaciones de Lima en su Exp.115-2016 que a la letra dice, fundamento Cuarto: “En tal sentido, el artículo 12 inciso 3 del Código Procesal Penal de 2004 faculta al juez a pronunciarse sobre la reparación civil, aun cuando se absuelva de la acusación al procesado. Ello es así debido que la reparación civil resulta procedente si se cumple con probar la materialización del hecho dañoso, el daño propiamente tal; luego si existe relación de causalidad entre el hecho y la conducta del obligado y acreditar la existencia de un factor de atribución de responsabilidad civil.”; A manera de ejemplo obra la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Tacna:

- Exp. N° 1486-2016 emito por el Tercer Juzgado Unipersonal de Tacna; Punto 42 “la Judicatura considera que si bien es cierto no se ha acreditado ilícito penal, sin embargo se ha determinado un daño civil en cuando se ha acreditado que los acusados han coadyuvado a efectos que respecto a las liquidaciones se contrate con el extraneus para que se elabore dos liquidaciones técnicas financieras cuando no se elaboró tal liquidación , los acusados no han revisado los documentos que obraban las conformidades o no de las dos liquidaciones 4

y 5 pero pese a ello se ha otorgado la conformidad y ordenado pagos cuando no se habría ejecutado. Por ello procede que los acusados cumplan con resarcir la reparación civil”

Consideramos que el criterio esgrimido por el Juez se ha basado en razón a la aplicación supletoria que establece el artículo 101 del CP se ha analizado los elementos de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1969 y el artículo 1985 y ello se hace de las pruebas que fueron ofrecidas y admitidas en la etapa intermedia para determinar el daño. Como se ha señalado en el Exp. 11-2017 Sala penal de apelaciones de delitos de corrupción de funcionarios colegiado A- Lima “*La pretensión civil en un proceso penal específicamente, en la etapa de investigación preparatoria debe estimarse como postulatoria inicia, y por tanto de carácter provisional Sin embargo en la etapa intermedia el actor civil debe ofrecer de modo definitivo los medios probatorios que sustenten el tipo de daño y proponer un importe a efectos de obtener una reparación civil*”.

3.- MEDIO DE PRUEBA IDONEO QUE DETERMINA LA IMPOSICION DE UNA REPARACION CIVIL EN ATENCION AL PRINCIPIO DE LEALTAD Y PROBIDAD ¿QUE TIPO DE DAÑO ES?:

Consideramos prudente mencionar lo que nos dice el maestro Tomas Aladino Villegas Gálvez cuando nos dice: “Cuando la causación de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber (erga omnes) de no causar daño a nadie e, infringiendo este deber se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual” daño que se encuentra preestablecido por la ley o normas de inferior jerarquía (infra normas) que ciñen la actuación de un funcionario o servidor público en lo que debe y no debe de hacer en su conducta dentro de una Administración Pública. Como son el Reglamento Organizacional de Funciones, el Manual Organizacional de Funciones, Directivas Internas entre otras, así lo ha señalado La corte suprema a establecido en su RN N° 1780-2015-Tacna en su fundamento cuarto “...Las atribuciones y competencias de un funcionario o servidor público están establecidas o determinadas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de las instituciones públicas”. Si ello es así el medio idóneo a probar en este presupuesto es netamente objetivo ver si su conducta es

contraria a las normas legales establecidas para su función.

En este segundo presupuesto mencionado por el acuerdo plenario N° 04-2005 “Vulneración de los deberes de Lealtad y Probidad que debe tener todo funcionario Público dentro de la administración pública “constitutivas de una responsabilidad extracontractual.”

Se ha podido establecer que a efectos de lograr el éxito en la pretensión formulada por el actor civil tiene que desarrollar los elementos de naturaleza extracontractual que la componen cuales son la **Inimputabilidad** entendida como la capacidad que tiene el sujeto de hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona; **Antijuricidad** la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; **Factor de atribución** supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto; **Nexo Causal** vinculación entre el evento lesivo y el **Daño**, consecuencias negativas derivadas de la lesión al bien jurídico protegido.

Pues en la actualidad existe una apreciación errada por parte de los operadores jurídicos Jueces, Fiscales y hasta el mismo actor civil en fundamentar el derecho patrimonial o no patrimonial lesionado solicitando un solo concepto de pago aspecto que debe cambiar, pues la finalidad de la responsabilidad civil no es solo sancionar al autor de la responsabilidad del daño sino lograr la reparación del mismo siendo su finalidad netamente REPARADORA bajo esta perspectiva se debe de identificar que tipo de daño se está causando en este caso.

La pregunta que nos hacemos ¿Qué derecho no patrimonial se lesiona? Consideramos acertada la posición del Maestro Espinoza Espinoza cuando sostiene que lo que se lesiona es el derecho a la identidad entendida a la institucionalidad atributo básico del estado de derecho, en el cual sus órganos y representantes tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, **aplicando las normas de imparcialidad** y sirviendo a los ciudadanos. En razón a que no solo es un imperativo ético sino es una obligación del empleado público el ser honesto a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la administración pública no se afecta la semblanza física sino la proyección social del estado por ello que la responsabilidad civil no solo deriva del delito sino también de una infracción disciplinaria encontrándose también establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica N° 27785, Ley 27815 del Código de Ética de la

Función Pública y Reglamento de la Ley del Código de ética de la función pública D.S. N° 33-2005-PCM.

4.- CONCLUSIONES:

- En los delitos de peculado doloso por apropiación el bien jurídico vulnerado se subdivide en; Principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del estado y segundo por el Principio de lealtad y Probidad que debe tener todo funcionario o servidor público para con la administración pública.
- En los delitos contra el patrimonial el perjuicio patrimonial no solo se puede probar con la pericia contable sino con otro medio de prueba idóneo establecido en el artículo 201 del C.P.
- El rol del actor civil no debe de limitarse a la labores de investigación del ministerio público, debiendo ofrecer como sujeto procesal legitimado los medios de prueba que acrediten el daño.
- La pretensión de la acción civil es distinta a la pretensión de la acción penal siendo su función netamente resarcitoria.
- Los daños que se plasman son Daño emergente, Lucro cesante y daño a la identidad entendida a la institucionalidad como atributo básico de un estado de derecho.
- Para fundamentar el daño es imperativo que el actor civil desarrolle los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual.
- A efectos de peticionar el quantum indemnizatorio lo que se debe de hacer es identificar el tipo de daño causado al estado y pedir un monto por cada uno.
- La responsabilidad civil no solo se da dentro de un plano subjetivo sino también objetivo tomando como punto de referencia la infracción a las normas en sentido amplio.
- El actor civil debe de proponer de modo definitivo las pruebas que sustenten el daño en la etapa intermedia.
- Es obligación del funcionario o servidor público ser honesto a efectos de generar confianza y credibilidad en la administración pública.
- La responsabilidad civil también deriva de la infracción disciplinaria.
- Es imperativo que el Juez se pronuncie respecto a la reparación civil debiendo para ello aplicar las normas supletorias del código civil.
- El actor civil asume un rol activo desde la etapa de la investigación preparatoria hasta la etapa de Juzgamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Juan Espinoza Espinoza; Gaceta Civil; Responsabilidad Civil Derivada de Delitos de Corrupción de Funcionarios, Pág. 143 – 164, Tomo 9 Marzo 2014.
2. Mercedes Manzanares Campos Criterios para evaluar el Quantum Indemnizatorio en la Responsabilidad civil Extracontractual edición 2008 pág. 38.
3. Gaceta Civil edición marzo tomo 9 pág. 144.
4. Tomas Aladino Villegas Gálvez, Reparación civil en el proceso penal tercera edición Pág. 76.
5. Juan Espinoza Espinoza, Reparación civil derivada de los delitos de corrupción Gaceta civil marzo 2014 Pág. 145
6. Juan Espinoza Espinoza, Reparación civil derivada de los delitos de corrupción Gaceta civil marzo 2014 Pág. 149-156.
7. Delitos contra la administración pública tercera edición , autor Salinas Sicchia Pág. 311.

EL PLAGIO COMO CONDUCTA QUE VIOLENTA LA ÉTICA PROFESIONAL E INFRACCIONA LOS DERECHOS DE AUTOR

PLAGIOUS CONDUCT THAT VIOLATES PROFESSIONAL ETHICS AND INFRINGEMENTS COPYRIGHT

Jesús Atahuasi Chaparro

Abogado por la Universidad Privada de Tacna.
Miembro de la carrera de derecho y ciencias políticas de la Universidad Latinoamericana CIMA. Vice decano del Colegio de Abogados de Tacna

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- EL PLAGIO COMO CONDUCTA ACADÉMICA QUE VULNERA LA ÉTICA PROFESIONAL
- 3.- EL PLAGIO COMO CONDUCTA ILÍCITA QUE VULNERA LOS DERECHOS DE AUTOR NATURALEZA DEL TÉRMINO “PLAGIO”
- 4.- LA UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA Y LA PROTECCIÓN DE LA ÉTICA ACADÉMICA Y LOS DERECHOS DE AUTOR
- 5.- OBJETIVOS
- 6.- METODOLOGÍA
- 7.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN
- 8.- CONCLUSIONES

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo determinar la necesidad de establecer acciones remediales, en relación a la incidencia de conductas académicas inadecuadas, que constituyen una infracción a la ética profesional y a los derechos de autor en el proceso de formación inicial y continua universitaria. Para el efecto se procedió a realizar un estado de la cuestión realizando un análisis de contenido de estudios procedentes de fuentes nacionales e internacionales. Por esta metodología es posible evaluar los niveles alcanzados por el problema propuesto en usuarios de una muestra de estudio; en este caso, se consideraron a los docentes y estudiantes de ambos sexos de la Universidad Latinoamericana CIMA de la ciudad de Tacna, observados durante los periodos lectivos 2017 y 2018.

Las conclusiones sugieren que el plagio es una conducta que violenta la ética profesional del docente, porque lesiona las dimensiones cognitivas: el pensamiento crítico; la dimensión personal-social: el prestigio y autoestima; y la dimensión: los valores de honestidad, integridad y el respeto de las ideas como la producción intelectual del otro.

Palabras Claves: Plagio, conducta ilícita, ética profesional, derecho de autor

ABSTRACT

The objective of this research work was to determine the need to establish remedial actions in relation to the incidence of inappropriate academic behavior that constitute an infraction of professional ethics and copyright in the process of initial and continuing university education. For this purpose, a state of the art was carried out, carrying out an analysis of the content of studies from national and international sources. By this methodology it is possible to evaluate the levels reached by the proposed problem in users of a study sample, in this case the teachers and students of both sexes of the Latin American University CIMA of the city of Tacna, observed during the teaching periods were considered. 2017 and 2018. The conclusions suggest that plagiarism is a behavior that violates the professional ethics of the teacher, since it damages the cognitive dimensions: critical thinking; the personal-social dimension: prestige and self-esteem; and the dimension: values of honesty, integrity and respect for ideas as the intellectual production of the other.

Key word: Plagiarism, unlawful conduct, professional ethics, copyright.

1.- INTRODUCCIÓN

Partimos de la tesis: El plagio es una conducta que violenta la ética profesional universitaria. Un aspecto de la formación personal y profesional es la ética basada en los valores de honestidad,

integridad y el respeto de las ideas; y además, infracciona el derecho de autor que es considerado, por nuestro ordenamiento jurídico, como un derecho fundamental.

Se analizan los factores que inciden en esta

práctica inadecuada en la formación inicial y la formación continua universitaria, y se propone un conjunto de acciones tendientes a contrarrestar esta práctica incompatible con la ética profesional universitaria.

Asimismo, se analizan los derroteros que han formulado la práctica e investigación jurídica respecto al tratamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial de esta conducta ilícita.

Las preguntas que han guiado nuestro trabajo fueron las siguientes: ¿Cuáles son las amenazas que acarrearán las prácticas del plagio en las dimensiones cognitivas, socioprofesional y éticas del desempeño docente?, ¿Cuáles son las acciones remediales o de acción para contrarrestar dichas vulneraciones a la integridad ética del docente?, y ¿cuál al tratamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial respecto a esta conducta ilícita?

2.- EL PLAGIO COMO CONDUCTA ACADÉMICA QUE VULNERA LA ÉTICA PROFESIONAL

No contamos con un estudio particularizado sobre la ocurrencia de la conducta académica reprochable del plagio entre el personal docente para el área académica universitaria de Tacna, pero sí se cuenta con una cantidad importante a nivel de Perú, Latinoamérica y Europa.

Se puede decir que el fenómeno en cuestión –el plagio– es definido como la apropiación indebida de las ideas originales o sustanciales de quien lo creó. El plagio tiene repercusiones en las esferas cognitiva, social y ética de desempeño del docente. Es decir, vulnera las bases de la formación continua del docente ya que pone en peligro el pensamiento crítico, las competencias investigativas; lesiona el prestigio social y personal como académico; y remece los valores éticos de la honestidad e integridad propias de la profesión.

Sobre el particular varios estudios coinciden en afirmar que el desarrollo de la informática, de las tecnologías de la comunicación y, en especial, de la Internet “ha favorecido la visibilidad de las publicaciones pero también ha facilitado el plagio”. (Hernández, 2015; Miyashira, 2015) En esta materia es conocido el sondeo virtual realizado por Universia Perú del año 2010, con una muestra de 520 personas que visitaron su portal, mostró que 90% creía “que las nuevas tecnologías de información facilitan el plagio” y 83% “cree que estas mismas nuevas tecnologías pueden convertirse en un aliado eficaz para detectar los

plagios que cometen los alumnos en sus labores académicas.” Hernández (2015) plantea esta problemática en términos de aspectos positivos traídos por las tecnologías de la información como aspectos negativos, entre ellos el plagio.

Estos mecanismos de reproducción rápida, sin mayor análisis e interpretación de los elementos de la información y el conocimiento han dado lugar al surgimiento de una “cultura del copy-paste” como así llaman los propios estudiantes al plagio realizado con ayuda de la informática. Hay consenso en afirmar, partiendo de todos los estudios sobre el particular, que este fenómeno se inicia, casi sin advertirlo, en la educación básica, y luego se extiende, ya “en forma de hábito”, a la vida universitaria. (Miranda, 2013).

Lo afirmado anteriormente no niega también los casos en los que el plagio se realiza sin la intervención del uso de Internet, es decir aquí se habla ya del plagio tradicional.

No tenemos casos reportados y procesados por el colegio profesional de abogados, ya que esta entidad tiene por función central velar por la ética y deontología de sus miembros.

Este fenómeno recurrente hace que las instituciones de formación universitaria estén amenazadas en cuanto a una de las razones de su existir: como centro de investigación. Por lo tanto, si la meta es la formación de profesionales competentes, y, en el caso de muestra de estudios, de abogados competentes; esta práctica nociva –el plagio– pone en cuestión la calidad del egresado con capacidades cognitivas de alto nivel y de una integridad y honestidad que sirva de modelo a la sociedad contemporánea.

Un estudio (Martínez, 2010) identificó diversos tipos de conflictos éticos que los docentes universitarios perciben en su práctica cotidiana. Destacan tres de ellos: el margen de libertad que el docentes debería reconocer en sus alumnos; el choque entre las convicciones éticas del docente y las exigencias institucionales; y saber de malas prácticas por parte de compañeros docentes y la consecuente duda sobre qué hacer al respecto. Aluja & Birke (2004) resaltan también el problema de cómo enfrentar el hecho de conocer conductas no éticas en la investigación científica cometidas por colegas y los conflictos que acarrea el decidirse a presentarlos ante las autoridades correspondientes y los entes evaluadores.

En síntesis, se asume como tesis central del presente estudio: *el plagio es una conducta que violenta la ética profesional del docente, ya que lesiona las dimensiones cognitivas: el*

pensamiento crítico; la dimensión personal-social: el prestigio y autoestima; y la dimensión: los valores de honestidad, integridad y el respeto de las ideas, como la producción intelectual del otro y sus respectivos derechos de autor.

Planteamiento de acciones remediales

Frente a las debilidades de la problemática formulada se plantean las siguientes instituciones formadoras de docentes como de los colegios profesionales:

a) Dimensión Cognitiva:

- Estrategias de prevención:

- En base a sus experiencias previas, su conocimiento acerca de las maneras en las que el plagio puede darse o en base, incluso, a las experiencias vividas por otros y que son intercambiadas con el profesor.
- Uso de exámenes con preguntas tipo ensayo
- Uso de programas informáticos de acceso libre (softwares de detección de plagio), así como comerciales, que se pueden utilizar.
- Asignar tareas y solicitar que sean escritas a mano.
- Uso de blog para la difusión de los textos

b) Dimensión personal-social

- Estrategias para la detección y la sanción:

- Interrogatorio para verificar si los docentes son autores de los textos que presenta en sus reportes.
- Anular el puntaje correspondiente en trabajos cotidianos.
- Desaprobar el curso, cuando el plagio se presenta en el examen o en el trabajo final del curso.
- Las sanciones del plagio deben ser graduadas según la gravedad del daño ocasionado. Así, a modo de ejemplo, el investigador Alejandro Miranda (2013) propone lo que sigue:

“(i) La sanción ha de ser más grave en el caso de plagio intencional que en el caso de plagio por negligencia; (ii) la sanción debe aumentar en casos de reincidencia; (iii) hay que distinguir, naturalmente, entre los casos de plagio leve y los de plagio severo,

como cuando se presenta una obra entera como propia el plagio cometido por un alumno que recién se inicia en la vida universitaria y el cometido por un estudiante que ya conoce las exigencias de la educación superior; (v) la sanción debe ser más seria, ceteris paribus, respecto de aquellos que han decidido dedicarse profesionalmente a la investigación científica (como un alumno de doctorado o un académico), y (vi) en el caso de plagio severo en un trabajo de tesis para obtener el grado, la detección de plagio debería implicar la revocación del título, puesto que el candidato no ha cumplido verdaderamente con los requisitos para obtenerlo”.

- Todas las sanciones deben previamente constar en los reglamentos de estudios e investigación, las que deben darse a conocer al estudiante antes del inicio del programa de estudios.

C) Dimensión ética:

- Aprobación de un código de ética académica en la institución educativa superior que involucre un acuerdo por la integridad académica.
- Establecimiento de una comisión de ética académica.
- Los cursos de metodología deberían incorporar un capítulo sobre la ética en la investigación.

3.- EL PLAGIO COMO CONDUCTA ILÍCITA QUE VULNERA LOS DERECHOS DE AUTOR NATURALEZA DEL TÉRMINO “PLAGIO”

La Real Academia Española, a través de su Diccionario digital (2018), le otorga el siguiente significado al término “plagio”: es la acción de «copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias». Dice con precisión que “Plagio” está vinculado a los siguientes actos:

- m. Acción y efecto de **plagiar** (ll copiar obras ajenas).
- m. Bol., Chile, Col., Ec., El Salv., Guat., Hond., Méx., Nic., Par., Perú y Ven. Acción y efecto de **plagiar** (ll secuestrar a alguien).

Personas libres', y este del gr. πλάγιος plágios 'oblicuo', 'trapacero, engañoso'.

Miranda (2013) citando a Mommsen refiere que en

sus orígenes etimológicos griegos, el término plagio coincide con otra de sus acepciones, la de 'oblicuo' o 'torcido'.

Un reconocido diccionario jurídico virtual (2014) define el plagio como el "Delito que consiste en publicar como propias, obras ajenas o fragmentos de ellas." Y acota que "en el Derecho Romano, el hurto de hijos o esclavos ajenos para servirse de ellos como propios, o para venderlos y lucrarse con el producto". De manera semejante de denominaba esta conducta en las poblaciones anglosajonas, al secuestro o rapto de niños o personas mayores, con el propósito de exigir el rescate en metálico. En caso de no ser satisfecho dicho propósito, el agente consumaba la muerte al secuestrado.

Puede establecerse, entonces, que se produce esta conducta ilícita cuando se copia o imita un texto sin reconocer al autor en materia de propiedad literaria, científica o artística.

El delito de plagio se encuentra tipificado en el artículo 219 del Código Penal vigente (2019):

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a ciento ochenta días multa, el que, con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena".

El bien jurídico protegido es el derecho de autor y los derechos conexos.

La protección penal se encamina a perseguir aquellos comportamientos que supongan una vulneración tanto de las facultades morales como patrimoniales como dos atributos de los derechos de autor.

En el texto punitivo sustantivo precitado la vulneración de derechos morales [Arts. 216, 218 a), 219] se comprenden como la presentación de declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos, repertorio utilizado, número de ejemplares producidos [Art. 220 c)] y la realización de actividades propias de una entidad de gestión colectiva sin contar con la respectiva autorización de la Oficina de Derecho de Autor [Art. 220 b)].

La ley sobre los Derechos de Autor está amparada por Decreto Legislativo N° 822, siendo el objeto de la ley es la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, así como a los titulares de los derechos conexos, al margen de la nacionalidad, domicilio y lugar de

publicación.

El titular del derecho de autor es el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, de orden moral y patrimonial, según del decreto legislativo precitado.

Establece además que la protección al derecho de autor abarca dos contenidos básicos: uno de orden moral (de orden interno, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles) y otro de orden patrimonial (tiene un plazo de vigencia la vida del autor -70 años - luego, la obra pasa al dominio público).

El decreto legislativo N° 822 diferencia entre los derechos morales y patrimoniales de la forma siguiente:

Artículo 22°.- Son derechos morales:

- a) El derecho de divulgación
- b) El derecho de paternidad
- c) El derecho de integridad
- d) El derecho de modificación o variación
- e) El derecho de retiro de la obra del comercio

Artículo 31°. - Los derechos patrimoniales comprenden el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- b) La distribución al público de la obra.
- d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- e) La importación al territorio nacional de copias de las obras hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio inclusive mediante transmisión.

Tipos de plagios que afectan el derecho de autor según la doctrina y jurisprudencia

A continuación presentamos dos pronunciamientos del tribunal de la propiedad intelectual de INDECOPI en donde se vislumbra una dilucidación de los elementos configuradores de las categorías de plagio provenientes de la doctrina.

1. Resolución N° 4372-2013/TPI-INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la

Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Propiedad Intelectual. Fecha de emisión: 17 de diciembre de 2013.

Extracto: “8.1 El plagio es entendido por la doctrina como el apoderamiento de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios, ya sea haciendo pasar la obra como propia o bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de la obra ilegítima. En ambos casos se prescinde de la paternidad del autor sobre la obra preexistente y de su autorización, resultando ser el delito capital en materia de Derecho de Autor. A través de esta conducta, el plagiarlo se aprovecha de la labor creadora de otro, para lo cual copia sustancialmente la obra y aparenta ser su auténtico creador.

La doctrina distingue entre plagio burdo o servil, en que la apropiación de la obra ajena es total o cuasi total, y plagio inteligente, en el cual el plagiarlo trata de disimular el plagio o se apodera de algunos elementos sustanciales y originales. Esta última es la forma en que habitualmente se presenta el plagio, razón por la cual se considera que éste debe apreciarse por las semejanzas y no por las diferencias que presentan las obras implicadas.

Cabe agregar que en el plagio será necesario determinar si entre las dos obras existe identidad de expresión reconocible o si ambas son sustancialmente una misma representación formal.

Fuente: INDECOPI. Recuperado de:

http://sistemas.indecopi.gob.pe/SPI_Jurisprudencia/documentos/1-45/2013/4372-2013.pdf

2. Afectación al derecho de cita. Resolución N° 2928-2013/TPI-INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Propiedad Intelectual. Fecha de emisión: 28 de agosto de 2014.

Extracto: “Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (...). Este límite al Derecho de Autor también se encuentra recogido en el Convenio de Berna para la Protección de Obras literarias y Artísticas (...).

De acuerdo con la Guía del Convenio de Berna, citar es repetir textualmente lo que alguien ha

dicho o escrito. Ahora también, en materia de Derechos de Autor, la cita consiste en reproducir extractos de una obra con la finalidad de ilustrar una opinión, defender una tesis o para hacer una reseña o crítica de la obra. El empleo de una cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse indistintamente: en un libro, en un diario, en una revista, etc.

Dada su condición de limitación al derecho de explotación así como a su finalidad, la Sala conviene en precisar que a través de la cita sólo se permite la reproducción de extractos de la obra. La extensión de la cita no debe ser mayor a la estrictamente necesaria, para lo cual se deberá tener en consideración la finalidad concreta que persiga.

Se advierte que el libro “Aquí están casi todos” del denunciado contiene párrafos que forman parte de la obra “Pesquisas de 51 puneños ilustres” (...), no habiendo efectuado las citas correspondientes, indicando el nombre del autor y de la obra de donde se reprodujeron los párrafos, habiéndolos incluido en su texto como si fueran suyos. Por lo tanto, el denunciado ha vulnerado el derecho patrimonial de reproducción, así como el derecho moral de paternidad del autor y titular de la mencionada obra.

En consecuencia, el denunciado ha incurrido en plagio, al haber vulnerado el derecho moral de paternidad y el derecho patrimonial de reproducción de terceros.

(...), se debe indicar que la infracción al derecho moral de paternidad y/o al derecho patrimonial de reproducción se configura en función a la evaluación del contenido de un texto o libro, siendo irrelevante para la configuración de dichos tipos de infracción la publicación o no del mismo. (...).

4.- LA UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA CIMA Y LA PROTECCIÓN DE LA ÉTICA ACADÉMICA Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Como una política de Transparencia Universitaria, la ULC, de acuerdo a la Ley Universitaria N° 30220, y a los requerimientos de la SUNEDU, cuenta con varios instrumentos de gestión que norman las prácticas de investigación asociada a la ética y al respeto de los derechos de autor. En ese contexto se han elaborado, publicado y normado dichas actividades en el Reglamento de Políticas de Protección a la Propiedad Intelectual aprobado por Resolución N° 113-2016-CO-ULC y el Código de Ética para la Investigación Científica,

Tecnológica y Humanista aprobado con resolución N°094-2016-CO-ULC. Estos instrumentos son de conocimiento público de todos los miembros de esta casa superior de estudios y orientan las acciones formativas de académicos, docentes y estudiantes.

A tenor de estos instrumentos citados, la política de protección de la propiedad intelectual tiene como finalidad establecer, potenciar, documentar y regular los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor y de patentes de los docentes investigadores, docentes, estudiantes, y de todo el personal que intervenga como autor o inventor, en cumplimiento de la visión y misión de la Universidad en beneficio de la sociedad en general.

La Política de Protección de la propiedad intelectual de la Investigación Científica, Tecnológica y Humanística, tiene por objetivo promover los principios éticos, la responsabilidad, el profesionalismo y las buenas prácticas investigativas, cuyo cumplimiento es obligatorio para los docentes investigadores, docentes, estudiantes, y de todo el personal que intervenga en dicha labor en la ULC.

Los principios fundamentales de la protección de la propiedad intelectual son los siguientes: la buena fe, la libertad de opinión, la equidad o igualdad de trato, la transparencia, el permiso de uso de la información y la actuación de acuerdo al Código de Ética del Investigador.

La ULC presume que toda producción intelectual, creación, invención u obra realizada por docentes investigadores, docentes, estudiantes, y todo el personal que intervenga en dicho proceso, es de autoría de estos y que con dicha producción no se han vulnerado los derechos sobre la propiedad intelectual de terceros (plagio); en caso que se demuestre lo contrario, la responsabilidad por daños y perjuicios será asumida exclusivamente por las personas infractoras, quedando la universidad exenta de cualquier tipo de responsabilidad.

Este instrumento –el Reglamento de Políticas de Protección a la Propiedad Intelectual -entiende por derecho de autor del investigador, aquella prerrogativa de orden moral y patrimonial que recae sobre todas las obras o producción del proceso de investigación científica, tecnológica y humanística, incluido el soporte lógico (software) y las bases o banco de datos desde el momento mismo de la creación, sin que se requiera registro, depósito o formalidad alguna, siempre y cuando cuente con rasgos de originalidad (esfuerzo intelectual) que permitan distinguirla de otro u

otros mediante su contenido de hechos, ideas, sentimiento expresado, concretado o materializado a través de manifestaciones tales como las letras, música, la palabra o el arte figurativo, sin que importe para ello su mérito, calidad o destinación. Éste debe constituir un producto concreto y acabado, apto para ser reproducido o definido por cualquier medio reconocido o por conocer.

El Código de Ética para la Investigación Científica, Tecnológica y Humanista fue aprobado con resolución N°094-2016-CO-ULC.

En su artículo 1° se define la finalidad del Código de Ética para la investigación científica, tecnológica y humanística establece principios y valores que guían el proceso de investigación y en cumplimiento de la visión y misión de la Universidad Latinoamericana Cima.

El Código de Ética para la Investigación científica, tecnológica y humanística, tiene por objetivo promover los principios éticos, la responsabilidad, el profesionalismo y las buenas prácticas investigativas, cuyo cumplimiento es obligatorio para los investigadores, docentes y estudiantes de la Universidad Latinoamericana Cima. (Art.2)

El sustento legal y normativo del Código de Ética en la Investigación científica, tecnológica y humanística se encuentra en:

- a) La Ley Universitaria Ley N° 30220.
- b) El Estatuto de la Universidad Latinoamericana Cima.
- c) El Reglamento General de Investigación de la Universidad Latinoamericana CIMA.
- d) Ley de Derecho de Autor (D.L. 822)
- e) Leyes y tratados nacionales e internacionales sobre Propiedad Intelectual
- f) Declaración Universal sobre Bioética y los Derechos Humanos UNESCO 2005.
- g) Asimismo, son principios fundamentales de la ética para la investigación: la protección de la persona, el consentimiento informado y expreso, cuidado al medio ambiente y biodiversidad, responsabilidad, rigor científico y veracidad, justicia y bien común, protección de la autoría intelectual, divulgación responsable de la investigación, respeto a la normatividad nacional e internacional y el uso responsable de los recursos de la Universidad. (Art.4).

Se define los postulados éticos en sus

investigadores, docentes y estudiantes:

- a) Promover la calidad en la investigación científica, tecnológica y humanística en todos sus docentes y estudiantes, a través de los Semilleros de Investigación, Círculos de Estudios y Centros de Investigación de las carreras profesionales de la universidad.
- b) Garantizar la responsabilidad, honestidad, rigurosidad científica y transparencia en todo el proceso investigativo.
- c) Impulsar el respeto a todas las leyes, normas y procedimientos nacionales y/o internacionales vigentes relacionadas con investigación, cumpliendo con la normativa interna de la Universidad Latinoamericana Cima y la aplicación de las normas técnicas aceptadas aplicables a cada carrera profesional.
- d) Asegurar la igualdad de oportunidades en la investigación científica, tecnológica y humanística, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones de etnia, género, religión, opinión o cualquier otro factor social. (Art.6).

Este instrumento es el que en su Artículo 17° establece el carácter sancionador de las malas prácticas académicas, entre ellas el plagio. Los investigadores, docentes, estudiantes, las autoridades y el personal administrativo recibirán sanciones por conductas que infrinjan lo estipulado en el presente Código. Toda persona que considere pertinente y con razones debidamente argumentadas, podrá reportar actos que infrinjan el Código de manera directa a la Comisión de Ética. Sin embargo en las situaciones de plagio:

- a) Cada carrera profesional reportará los informes de análisis antiplagio que emitan los asesores por los trabajos de titulación de los estudiantes, generando un documento en el que se reporte los trabajos de titulación en los que se registra plagio, de acuerdo con la escala de valoración para sanciones vigente y elaborada por la Comisión de Ética, teniendo en cuenta lo recomendado por los organismos pertinentes.
- b) Cada carrera profesional reportará los actos de plagio realizados por los investigadores, docentes y/o estudiantes en las diversas publicaciones elaboradas respecto a su carrera profesional.

5.- OBJETIVOS

El presente estudio tuvo por objetivo determinar la

necesidad de establecer una caracterización sobre la incidencia del plagio como una conducta académica inadecuada que constituye una infracción a la ética profesional y a los derechos de autor en el proceso de formación inicial y continua universitaria. Y, asimismo, proponer algunas acciones remediales para revertir dicha incidencia.

6.- METODOLOGÍA

Se trata de un estudio básico a nivel exploratorio, no experimental, prospectivo, transaccional. Al respecto Hernández, R., Fernández, C. (2006), sostiene que "la investigación descriptiva busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población".

7.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los resultados nos conducen a afirmar fundamentalmente lo siguiente:

Primero.- Que hay un nivel diferenciado de las prácticas inadecuadas en el estamento estudiantil y docente, observadas en el periodo lectivo 2017-2018 en la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Latinoamericana Cima.

Segundo.- Se observa una mayor incidencia de casos en los ciclos inferiores de estudios y en los informes de los docentes de menor experiencia académica.

Tercero.- El nivel de las percepciones que tienen los docentes investigadores es positivo respecto a que la universidad cuenta con los instrumentos normativos: Reglamento de Políticas de Protección a la Propiedad Intelectual aprobado por Resolución N° 113-2016-CO-ULC y el Código de Ética para la Investigación Científica, Tecnológica y Humanista aprobado con resolución N°094-2016-CO-ULC.

Cuarto.- No se cuenta con un software antiplagio que serviría para controlar la calidad de los informes científicos y académicos de los docentes y estudiantes; aunque los docentes investigadores ya experimentan con programas gratuitos de aplicación a nivel de algunos cursos.

Se trata, en efecto, de un fenómeno recurrente en los diferentes estudios realizados en el campo de la investigación ya citados en el marco teórico, las brechas entre expectativas y percepciones para el fenómeno del plagio.

8.- CONCLUSIONES

Los estudios especializados en los tipos de

conductas no éticas de los profesores señalan que es el plagio la conducta ética más inaceptable. A esta conducta se asocian otras semejantes. En consecuencia, el plagio es una conducta que violenta la ética profesional del docente, ya que

lesiona las dimensiones cognitivas: el pensamiento crítico; la dimensión personal-social: el prestigio y autoestima; y la dimensión: los valores de honestidad, integridad y el respeto de las ideas y la producción intelectual del otro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Universia Perú. 90% de encuestados cree que las TIC's favorecen el plagio. (Citado 20 de febrero de 2016). Recuperado de: <http://noticias.universia.edu.pe/transportada/noticia/2010/08/29/689911/90-encuestados-creetics-favorecen-plagio.html>
2. Miyashira, Juan (2015). "Plagio como mala Conducta Académica". En: Acta Herediana Vol. 57, octubre 2015 - marzo 2016. Lima.
3. Miranda, Alejandro (2013). "Plagio y ética de la investigación científica". Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 2, pp. 711 – 726.
4. Hernández, Mónica. (2015). Estrategias docentes emergentes para prevenir el plagio académico en alumnos de pregrado. Un estudio fenomenográfico con profesores experimentados. En: Consensus 20 (2) 2015.
5. Hernández, R.; Fernández, C. y Baptista, P. (2006). Metodología de la Investigación. Cuarta Edición. México. Editorial McGraw Hill.
6. Martínez Navarro, E. (2010). Ética profesional de los profesores. Bilbao, España: Desclee de Brouwer, SA.
7. Aluja, M. & Birke, A. (2004). "Panorama general sobre los principios éticos aplicables a la investigación científica y la educación superior". En El papel de la ética en la investigación científica y la educación superior (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica/Academia Mexicana de Ciencias.
8. Real Academia Española. Diccionario [versión electrónica]. (2018). Recuperado de <https://dle.rae.es/>
9. Congreso de la República (1996). Ley sobre el Derecho de Autor. D. L. 822. Recuperado de <Http://www4.congreso.gob.pe/dgp/Didp/boletines/MIGRA>
10. Congreso de la República (2014). Ley N° 30276 de 13 de noviembre de 2014, que modifica la Ley de Derecho de Autor (Decreto Legislativo N° 822 de 23 de abril de 1996). Recuperado de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=355131
11. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO (2005). Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Recuperado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
12. Universidad Latinoamericana CIMA (2016). Código de Ética para la investigación científica, tecnológica y humanista en la Investigación. Recuperado de <http://ulc.edu.pe/transparencia-universitaria-ulc/>
13. Universidad Latinoamericana CIMA (2016). Reglamento de políticas de protección a la propiedad intelectual. Recuperado de <http://ulc.edu.pe/transparencia-universitaria-ulc/>
14. Diccionario jurídico virtual.(2014). Recuperado de <http://www.encyclopediia-juridica.biz14.com/d/plagio/plagio.htm>
15. Código Penal (2019) Recuperado de: http://spij.minjus.gob.pe/Leg_Basica/spij_leg_basica.asp
16. INDECOPI. Recuperado de Http://sistemas.indecopi.gob.pe/SPI_Jurisprudencia/documentos/1-45/2013/4372-2013.pdf

RECUPERACIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS LENGUAS ORIGINARIAS EN EL PERÚ

RECOVERY AND DISSEMINATION OF THE ORIGINARY LANGUAGES IN PERU

Herminia Sarmiento Chambi

Docente de la Universidad Latinoamericana CIMA

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- DESARROLLO
- 8.- CONCLUSIONES

RESUMEN

Dar a conocer las formas de recuperación y difusión de las lenguas originarias en el Perú, para el desarrollo y crecimiento de nuestra cosmovisión andina y amazónica, el respeto y manejo de nuestras lenguas, el acceso ante las entidades públicas y privadas bajo el amparo de las disposiciones legales vigente, el cuidar de nuestra madre tierra y así lograr el buen vivir entre todos los hermanos y hermanas mediante el principio de reciprocidad y dualidad. En la actualidad las lenguas originarias tienen el gran valor y merecen respeto para el desarrollo de nuestro País; asimismo, el Ministerio de Cultura tiene la obligación de sensibilizar, difundir la Ley No. 29735 – Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las Lenguas Originarias. Por otro lado, las entidades públicas y privadas tienen la obligación de asumir como suyo todas las idiomas originarias según su ámbito de su predominancia con la finalidad de poder sensibilizar en todos espacios, en mérito que en la actualidad existen disposiciones legales vigentes que amparan y protegen la recuperación y difusión de estas idiomas originarias, como ser Resoluciones Ministeriales de Educación, Ley No. 29735, Decreto Supremo No. 004-2016-MC, Constitución Política del Perú, Convenio 169 de la OIT entre otras normas.

Palabras Claves: Derechos Lingüísticos, lengua aimara, recuperación, difusión, lenguas originarias, cosmovisión andina y amazónica, interpretación, traducción, sentencias judiciales, enseñanza de lengua materna.

ABSTRACT

To make known the ways of recovery and diffusion of the native languages in Peru, for the development and growth of our Andean and Amazonian worldview, the respect and management of our languages, access to public and private entities under the protection of current legal provisions, caring for our mother earth and thus achieve good living among all brothers and sisters through the principle of reciprocity and duality. Nowadays, native languages have great value and deserve respect for the development of our Country; Likewise, the Ministry of Culture has the obligation to sensitize, disseminate Law No. 29735 - Law regulating the use, preservation, development, recovery, promotion and dissemination of the Original Languages. On the other hand, public and private entities have the obligation to assume as their own all the native languages according to their scope of their predominance with the purpose of being able to raise awareness in all spaces, on the merit that there are currently legal provisions in force that protect and protect the recovery and dissemination of these native languages, such as Ministerial Education Resolutions, Law No. 29735, Supreme Decree No. 004-2016-MC, Political Constitution of Peru, OIT Convention 169 among other standards.

Key word: Linguistic Rights, Aymara language, recovery, dissemination, native languages, Andean and Amazonian worldview, interpretation, translation, judicial sentences, mother tongue teaching.

1.-INTRODUCCIÓN

En el Perú desde la imposición de la lengua española se ha ido perdiendo a la fuerza el habla de nuestras idiomas maternas como ser la lengua aimara, quechua, kawki, yine, awajún, achuar, wampis, entre otras lenguas existentes, en diferentes pueblos, comunidades y contextos sociales. Por la existencia de discriminación y abuso de parte de los invasores, la prohibición del uso de lengua meta en los diferentes centros de estudios, lo cual ha traído consigo la crisis de nuestra identidad y cultura, la pérdida de nuestros idiomas, el miedo, la vergüenza entre otros aspectos.

Su objetivo es dar a conocer normas existentes sobre la recuperación y difusión de las lenguas originarias en el Perú, para el desarrollo y crecimiento de nuestra cosmovisión andina y amazónica, el respeto y manejo de nuestra lengua, el acceso ante las entidades públicas y privadas bajo el amparo de las disposiciones legales vigentes, el cuidado de nuestra madre tierra y así lograr el buen vivir entre todos.

Por otro lado, los Derechos lingüísticos son derechos fundamentales, individuales y colectivos, que reconocen la libertad a usar lenguas indígenas u originarias en todos los espacios sociales y a desarrollarse en estas

lenguas en la vida personal, social, ciudadana, educativa, política y profesional.

Asimismo, recuperación lingüística es el proceso por el cual un grupo de personas emprende la tarea de volver a usar una lengua extinta o elementos de esta como parte de iniciativas de reivindicación cultural. Tal como se perdió en la actualidad la lengua pukina en Tacna. Y la revitalización lingüística se entiende como el proceso por el cual se implementa un conjunto de diversas estrategias con la finalidad de restituir o dinamizar la transmisión intergeneracional de una lengua vigente. Esta situación permitirá revertir el proceso de extinción de una lengua, fomentando y fortaleciendo su uso.

De la misma forma, es de suma importancia efectuar la difusión correspondiente de las lenguas originarias recuperadas o los que están a punto de recuperarse. Para ello, todos los ciudadanos y ciudadanas que tienen identidad y cultura están comprometidos, incluso todas y todos los peruanos que habitan en él.

Las unidades de estudio están constituidas especialmente por hablantes de lenguas originarias, por docentes de educación lingüística, por lingüistas, por las primeras sentencias del poder judicial en idiomas aimara y quechua.

2.- DESARROLLO

LA INTERCULTURALIDAD

En forma general es el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad. Tal contacto e intercambio no deben ser pensados simplemente en términos étnicos sino a partir de la relación, comunicación y aprendizaje permanentes entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades distintas, orientados a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos y colectivos, por encima de sus diferencias culturales y sociales.

En sí, la interculturalidad intenta romper con la historia hegemónica a la cultura dominante y otras subordinadas, y de esa manera, reforzar las identidades tradicionalmente excluidas para construir, tanto en la vida cotidiana como en las instituciones sociales, un convivir de respeto y legitimidad entre todos los grupos de la sociedad” Fernández, M. 2009.

LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS

Son derechos fundamentales, individuales y

colectivos, que reconocen la libertad a usar lenguas indígenas u originarias en todos los espacios sociales y a desarrollarse en estas lenguas en la vida personal, social, ciudadana, educativa, política y profesional. Esto significa que los mencionados derechos nos permiten a desarrollar en nuestra vida personal en todos los campos social, educativo, político y profesional mediante el uso de nuestra lengua materna considerada también como lengua meta, lengua madre, lengua nativa; por otro lado, a recibir atención de las instituciones públicas y pertenecer a una comunidad lingüística reconocida y respetada.

Por lo consiguiente, es importante el respeto a éstos derechos porque es la expresión de identidad y cultura de los pueblos indígenas para el logro del buen vivir.

Por otro lado, el Registro Nacional de Lenguas Originarias en el Perú corresponde al Ministerio de Educación conjuntamente con el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el cual deberán consensuar todos los datos obtener en el Mapa Etnolingüística, indicándose las denominaciones de las lenguas vigentes como las extintas, o en todo caso, las que están en peligro de extinción, familia lingüística, variedades, ámbitos geográficos, número y sexo de los hablantes, la vitalidad de la lenguas, su presencia histórica entre otros. Asimismo, la oficialidad de las lenguas originarias son trabajo del Ministerio de Educación conjuntamente con asistencia técnica del Ministerio de Cultura a fin de poder capacitar y sensibilizar a las entidades públicas y privadas para el correcto uso de las disposiciones legales vigentes ya emanadas en nuestro País.

De la misma forma, se deben promover la enseñanza – aprendizaje de las lenguas indígenas u originarias predominantes de la región Tacna, conforme la escritura unificada y oficializada por el Ministerio de Educación. Las entidades públicas y privadas deberán elaborar protocolos de atención para la población hablante de lenguas originarias en el ámbito de su competencia.

RECUPERACIÓN LINGÜÍSTICA

Es el proceso por el cual un grupo de personas emprende la tarea de volver a usar una lengua extinta o elementos de esta como parte de iniciativas de reivindicación cultural. Revitalización lingüística se entiende como el proceso por el cual se implementa un conjunto de diversas estrategias con la finalidad de restituir o dinamizar la transmisión intergeneracional de una lengua vigente. Esta situación permitirá revertir el

proceso de extinción de una lengua, fomentando y fortaleciendo su uso.

Tal ejemplo tenemos en Tacna con la lengua PUKINA que ya se extinguió, es por ello que no debe desaparecer la lengua AIMARA, aún prevalece la mayor parte de aimara hablante en todos los espacios. Inclusive anteriormente en el Mapa etnolingüística Tacna no estaba considerada como aimara, en el gobierno central tenían conocimiento que en Tacna solo se hablaba el idioma español, hecho que no es cierto.

De la misma forma, se viene trabajando en todos los niveles del Estado Peruano, para fortalecer y difundir los demás idiomas como el quechua, jaqaru, kawki, awajún, shipibo, ashaninka, achuar, yine, wampis, bora, entre otros. Por lo tanto, la recuperación de las lenguas extintas se realiza recolectando información de topónimos referidos a comunidades y lugares en el ámbito nacional, regional, y local.

Por consiguiente, las lenguas maternas son derechos fundamentales de la persona, y nos sirve para ser aplicado en la parte artística, académico, medicinal - salud, musical, espiritual, justicia, entre otros; además, nos permite contar con la presencia de la lengua y la cultura de los pueblos indígenas u originarios en los medios de comunicación estatal en todo el ámbito, según predominancia.

Igualmente, la Ley nacional dispone que las entidades públicas, conforme a sus competencias, facultades y funciones establecidas por ley, deberán promover lineamientos para el uso de la lengua indígena u originaria correspondiente en el registro, recuperación, defensa, difusión y transmisión de los conocimientos colectivos o tradicionales y de la cosmovisión, en coordinación con los órganos pertinentes del Ministerio de Cultura y con los pueblos indígenas u originarios a través de sus organizaciones representativas, respetando todos los derechos.

DIFUSIÓN DE LAS LENGUAS ORIGINARIAS

El Ministerio de Cultura, como órgano rector en materia de cultura, es el responsable de garantizar el cumplimiento de los derechos lingüísticos en sus dimensiones individual y colectiva; de igual forma, de coordinar conforme lo corresponda con las entidades públicas y privadas, y con los representantes de los pueblos indígenas u originarios por medio de sus organizaciones representativas, teniendo en cuenta el diseño, la implementación de mecanismos, estrategias y acciones, la difusión y la complementariedad de

las políticas nacionales, regionales y sectoriales sobre el uso, preservación, revitalización, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas indígenas u originarias del Perú.

Por otro lado, hoy en día los derechos lingüísticos son de ejercicio individual y colectivo, también estas lenguas indígenas u originarias se desarrollan en forma oral y escrita en cualquier espacio público o privado; esto significa que debe ser atendido o atendida y recibir información oral, escrita o audiovisual de la misma forma, según lo prescrito en el Artículo 4° de la Ley No. 29735.

La norma garantiza que los pueblos indígenas u originarios tienen el derecho a mantener y desarrollar sus conocimientos colectivos sobre la vida, salud, educación, economía, ambiente, prácticas de construcción, crianza y manejo ambiental, producción, arte, astronomía, espiritualidad, entre otros, los cuales deben ser conocidos y difundidos en su propia lengua indígena u originaria, a través de medios impresos, fonográficos, audiovisuales, entre otros. En el Perú, el Ministerio de Cultura ha implementado y ha capacitados intérpretes y traductores en lenguas indígenas u originarias en todos sus niveles especialistas para la consulta previa y con especialización en justicia; lo cual, hasta la fecha se han realizado en total de once cursos de capacitación. Entonces, los intérpretes y/o traductores/as determinan la garantía de los derechos lingüísticos para asegurar el derecho de gozar y disponer de los medios de traducción directa o inversa para el ejercicio de sus derechos en todo ámbito, establecido en el artículo 4 numeral 4.1 literal g) de la Ley.

Como ejemplo tenemos la intervención de los intérpretes y traductores oficializados por el Ministerio de Cultura en el CASO de BAGUA para la liberación de los hermanos Wampis y Awajun. Asimismo, en la actualidad contamos con varias Sentencias Judiciales en idiomas originarias, siendo las primeras sentencias en lengua aimara en Ilave, 2015 (Sentencia No. 11-2015 por Delito de Violación Sexual, Expediente No. 00134-2011-15-2105-JR-PE-01), quechua en Azángaro, 2015 (primera Sentencia No. 03-2015, Delito de Lesiones Graves, Expediente No. 115-2014-65-2102-JR-PE-01), y posteriormente en zonas amazónicas.

Intérpretes y Traductores de lenguas originarias del Perú.



*) Se consideran localidades tales como asentamientos, enclaves, caseríos, entre otros.

3.- CONCLUSIONES

1. Las lenguas originarias en el Perú se han ido recuperando y difundiendo en forma progresiva. El Ministerio de Educación va oficializando cada idioma en diferentes regiones de acuerdo a su existencia y su cosmovisión u contexto social existente en cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, el Convenio N° 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
2. En la actualidad, el Poder Judicial va implementando estos idiomas maternos a través de actuaciones en audiencias, sentencias judiciales y Justicia TV.
3. El Ministerio de Educación, a través de la implementación de la Educación Intercultural Bilingüe, está impartiendo enseñanza en idiomas originarios en las Instituciones Educativas focalizadas y para ello ha creado el registro de docentes con conocimiento de lenguas originarias.
4. El Ministerio de Cultura viene trabajando, en forma permanente, mediante la capacitación de intérpretes y traductores en lenguas originarias, mediadores interculturales, evaluadores de Sineace.
5. Mantener vivo un idioma es mantener nuestra identidad y cultura, en mérito que va aplicando en forma progresiva la Ley No. 29735 – Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias y su respectivo reglamento Decreto Supremo No. 004-2016-MC en diferentes entidades públicas y privadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. JULCA G., Félix C., (2006) Derechos Lingüísticos y Culturales en el Perú, tesis para optar el título de Abogado; Huaraz; Universidad Nacional de Ancash, Santiago Antúnez de Mayolo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
2. Ley No. 29735 y D.S. No. 004-2016-MC
3. MINISTERIO DE CULTURA Ministerio de Cultura: Derechos Lingüísticos. Acceso 15 de noviembre del 2016 <http://www.cultura.gob.pe/es/interculturalidad/derechos-linguisticos>.
4. RUIZ M., Juan y otro. (2011). "Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas". Lima, Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL PERUANO

THE AUTHORITY AND PARTICIPATION IN PERUVIAN CRIMINAL LAW

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- SISTEMAS
- 3.- TEORÍAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN
- 4.- CONCLUSIONES

Omar Pezo Jiménez

Abogado independiente, titulado por tesis con aprobación por unanimidad y felicitaciones públicas, con grado de maestro en Derecho con Mención en Ciencias Penales, por la Universidad Privada de Tacna, Docente Universitario de la UNJBG, Docente Universitario UAP filial Tacna, Docente Universitario – Secretario Académico de la Universidad Latinoamericana CIMA.

1.-INTRODUCCIÓN

Uno de los temas claves del Derecho Penal en la actualidad, es sin duda, la responsabilidad de quien ejecuta la acción típica, pues como sabemos, en el marco real de las relaciones sociales, en el mayor número de casos el sujeto que delinque no suele actuar solo, sino con la colaboración de otros sujetos. De esta manera es necesario, cuando se habla de delito, lograr entenderlo así.

La doble problemática: la naturaleza de la aportación al delito de cada uno de los sujetos y el grado de responsabilidad penal de estos. (Ignacio, 1999, pág. 287) Es decir, existen dos puntos precisos que dilucidar concernientes a la autoría y participación, frente a cualquier delito que sea realizado por más de un sujeto activo.

Por ello, existen ciertas teorías para decidir en qué casos tienen responsabilidad los intervinientes del delito, pero antes de estas teorías han surgido dos sistemas o dos caminos que se pueden tomar o, mejor dicho, que toma la sociedad para determinar la autoría. Básicamente, existen dos caminos para la determinación de la autoría: un sistema unitario que considera autor a todo aquel que, de algún modo, interviene realizando un aporte causal al hecho delictivo; y un sistema que distingue entre el autor y participación. (Autoría y participación, 2010, pág. 9). Como se puede notar, nuestro Código Penal ha adoptado el último sistema diferenciador, pues está regulado la autoría y participación.

Palabras Clave: Autoría, participación, delito, hecho, cómplice.

2.- SISTEMAS DELIMITADORES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

2.1. SISTEMA UNITARIO

Uno de los temas claves del Derecho Penal en la actualidad es, sin duda, la responsabilidad de quien ejecuta la acción típica, pues como sabemos en el marco real de las relaciones sociales, en el mayor número de casos el sujeto que delinque no suele actuar solo sino con la colaboración de otros sujetos. De esta manera es necesario, cuando se habla de delito, lograr entender la doble problemática: la naturaleza de la aportación al delito de cada uno de los sujetos y el grado de responsabilidad penal de estos. Es decir, que existen dos puntos precisos que dilucidar concerniente a la autoría y participación, frente a cualquier delito que es realizado por más de un sujeto activo.

Por ello, existen ciertas teorías para decidir en qué casos tienen responsabilidad los intervinientes del delito, pero antes de estas teorías han surgido dos sistemas o dos caminos que se pueden tomar o, mejor dicho, que toma la sociedad para determinar la autoría. Como se puede dar a notar nuestro Código Penal a adoptado el último sistema diferenciador, pues está regulado la autoría y participación.

SISTEMA DIFERENCIADOR

1 Formulada por primera vez por alemán WELZEL en el año 1939.

2 Art. 23 Código Penal Peruano "el que realiza por sí el hecho punible".

3 Esto se refiere al accionar del tipo penal, la que define la autoría.

4 PARIONAARANA, Raúl; La teoría de los delitos de infracción de deber, Editorial GACETA PENAL, Tomo 19, Lima- Perú, año 2011, pág. 71

Este sistema aparece en el Derecho penal como respuesta a las problemáticas que conlleva el sistema unitario, pues era necesario una distinción de roles cumplidos en el itercrimino, ya que no resultaba la gravedad de la misma manera, entre el que realizaba el tipo penal y el que solo aportaba; por tanto, con la creación de este sistema se otorgaba mayor seguridad jurídica para evitar la impunidad.

Todo Estado de Derecho debe diferenciar entre autor y participe. De este sistema se desprenden varias teorías de autoría y participación en el delito, pero para efectos de nuestro trabajo, solo serán motivo de investigación dos teorías, tal vez las más trascendentes en nuestro Derecho Penal. En primer lugar tenemos la Teoría del Dominio de Hecho y, en segundo lugar, la teoría de autoría y participación en los delitos especiales (infracción de deber).

3.- TEORÍAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

3.1. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho¹, surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico. WELZEL vio la necesidad de distinguir al autor, pues este era el centro de los hechos y al no poderse distinguir este, no podría juzgarse a los que colaboraron con el hecho típico.

Pese a todo, y a los años que han transcurrido, desde que surgió esta teoría aún sigue vigente actualmente; a pesar de sus diferencias, la teoría del dominio del hecho sigue siendo dominante; es decir, que en la actualidad esta teoría se mantiene en la cúspide y nuestro país es uno de los países que mantiene esta teoría en vigencia y la dominante en nuestro sistema jurídico para autoría y participación, pese a lo ya mencionado.

Es posible pensar que, en el Código Penal Peruano, existe algún rasgo de la teoría unitaria de autor, el cual queda reflejado en el trato igualitario que la ley concede a la inducción respecto de la autoría en referente de la pena; es decir, que aún quedan en nuestro Derecho Penal rasgos del sistema unitario, pues como se observa en el Código Penal, la pena del autor, coautor y cómplice primario es la misma, y solo haciendo una pequeña distinción con el cómplice secundario.

3.1.1. AUTORÍA

3.1.1.2. AUTOR

El artículo 23 del Código Penal Peruano, no ofrece un concepto legal de autor², además el anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004, también utiliza la misma expresión. Dado que la intervención del delito es una sola o única, en este tipo de autoría no existen problemas, ya que la acción típica corresponde al que lo realiza directamente, pero este concepto hace frente a problemáticas cuando los hechos resultan ser un poco más complejos, en razón al autor se deberá distinguir al autor directo o inmediato y al autor mediato.

3.1.1.2.1. AUTOR DIRECTO O INMEDIATO

La doctrina tanto nacional como internacional identifica esta forma de autoría, con realizar por sí mismo, total o parcialmente, la acción típica descrita por la ley, pero esto no resulta ser suficiente para poder entender un concepto simple a primera vista; en primer lugar, se debe lograr observar si existe alguna distinción entre el término Directo y el término inmediato.

- a) **ALCANCE DEL TÉRMINO DIRECTO:** Desde el ángulo del léxico común y diario y directo es aquello que se dirige directamente hacia un objetivo o una mira; es decir, que el vocablo directo no significa nada subjetivo, más bien se acerca al objeto o al punto final del delito. Para poder dar luces específicas de qué se refiere la doctrina con el directo y para ello GARRIDO MONTT nos explica que Directo, de consiguiente, no significa que realice por sí mismo la acción descrita del tipo, o producir el resultado por actos propios, sin valerse de intermediarios, como algunos han sostenido. No significa que el sujeto mate, sustraiga, lesione, él personalmente, pues puede obrar en forma directa empleando medios físicos y mecánicos, animados o inanimados, que cumplan lo que pretende. Como se puede ver, este término no se ajusta a lo que nos dice la autoría inmediata, pues más se ajusta al concepto de autor en general, que corresponderá al autor inmediato y mediato.
- b) **ALCANCES DEL TÉRMINO INMEDIATO:** La autoría inmediata en primer lugar es la que menos problemas plantea: pues el autor inmediato es quien realiza por, sí mismo, la conducta típica, siendo la forma base del comportamiento típico descrito en los tipos penales, esta se encuentra reconocida en el artículo 23 del Código Penal, pues este artículo afirma que el autor es quien realiza por

sí mismo, por ende es la realización de propia mano y de forma inmediata, esto se determina por el criterio adoptado por ROXIN “dominio de la acción”³, no obstante se utilizan en la doctrina otras expresiones, como la de JAKOBS “dominio formal del hecho”, en este punto es necesario mencionar que ROXIN es un autor que dedicó gran parte de su vida al estudio de autoría y participación, pues él es el que desarrolla la teoría del dominio del hecho creada por WELZEL en su obra Autoría y dominio del hecho, imponiéndose en la dogmática del continente americano y europeo.

3.1.1.2.1. AUTOR MEDIATO

El autor mediato a grandes rasgos podría describirse como el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero solo él tiene el dominio del hecho, el artículo 23 del Código Penal busca describir la existencia de la autoría mediata cuando usa la expresión “por medio de otro”; por otro lado, del anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004, acoge la misma expresión.

La autoría mediata, en palabras de JESCHECK, se caracteriza en la suposición de la existencia del dominio de hecho por parte del agente, quien se vale de otro para la realización de tipo. Equivale a decir que, el agente tiene dominio de la voluntad de ese otro quien finalmente ejecuta la acción, generalmente sin que este lo sepa, por lo que la responsabilidad penal recae sobre aquel que tenía dominio de la voluntad. La forma de autoría respondería entonces a la idea del dominio de la ejecución del tipo, con independencia de si el autor ejecuta o no por sí mismo el propio delito.

El autor mediato, siguiendo los lineamientos del profesor QUINTERO OLIVARES, es quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace, aquí, en este punto, se debe señalar que el sujeto del que se vale el autor mediato no puede denominarse como un simple instrumento.

El término instrumento se ha ido abandonando poco a poco con el desarrollo paulatino de la teoría del Dominio del Hecho; ahora bien, este sujeto es ¿instrumento o ejecutor material? Autores como MIR PUIG señalan expresamente que, el autor mediato es quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento, instrumento, en el vocablo diario, significaría todo objeto natural o producto de un artificio humano del que nos servimos para realizar algo, para lograr un fin. Pero se debe entender que este sentido objeto sería la utilización de seres humanos para fines delictivos.

Sin embargo HURTADO POZO nos dice que la palabra “instrumento” es actualmente objeto de críticas; principalmente por circunscribirnos a considerar que únicamente puede darse la autoría mediata cuando el intermediario o ejecutor material es un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Si el agente usado por el autor mediato es un instrumento o no, es tema abordado en la sentencia a Fujimori, en la que se señala: Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario materia o persona interpuesta.

A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor, sin embargo se acepta también la palabra instrumento, aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según autores nacionales como HURTADO POZO y VILLAVICENCIO TERREROS Siendo así nuestra jurisprudencia corresponde a la palabra instrumento, pero haciendo el hincapié en que este término resultaría ser equívoco.

3.1.1.2.2. COAUTORÍA

La coautoría se produce cuando en la ejecución del delito intervienen varios autores. El Código Penal lo regula en el artículo 23, cuando califica como autores a los que comenten el hecho punible conjuntamente; en ese sentido, se puede observar dos puntos resaltantes: el primero que es hecho punible y; el segundo, conjuntamente siguiendo un lineamiento conceptual de qué es coautoría, citaremos a FIERRO quien nos dice: hablamos de coautoría cuando de la pluralidad de sujetos activos que caracteriza a un supuesto de participación, dos de ellos, por lo menos, han intervenido en los actos consumativos, ya sea ejecutando cada uno la acción típica descrita por la respectiva figura penal, desdoblado la acción típica cuando ella se integra por distintos elementos y es susceptible de tal comportamiento, lo que ocurre en los llamados delitos compuestos. Además se debe mencionar que en la coautoría existen ciertos requisitos objetivos como son: la realización en común y el aporte necesario.

La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca: basta que solo uno de los coautores funcionales haya sobrepasado la línea típica (tentativa de acuerdo con el artículo 16 del Código Penal), para imputarle a todos los intervinientes el delito tentado. Este punto nos dice el momento exacto del iter criminis en el que los autores corren el mismo final de cualquiera de los coautores. Existe también otro principio base de la coautoría que, resultaría importante mencionar, es el

principio de relación horizontal que indica que los aportes que realicen los diversos sujetos, tengan el mismo grado de jerarquía esencial a la causa criminal. Es decir que los coautores cuentan con la misma jerarquía existen dos tipos de coautores en la doctrina:

- a) **COAUTORÍA EJECUTIVA:** Comprende básicamente a todos los coautores que realizan labores propias de un tipo penal. Esta puede ser directa, que es cuando todos los autores realizan actos ejecutivos o parciales que se dan cuando se reparten las tareas ejecutivas.
- b) **COAUTORÍA NO EJECUTIVA:** En esta se da un reparto de papeles entre los intervinientes, de modo que puede resultar que alguno de los coautores ni siquiera esté presente en el momento de la ejecución del delito, aquí podríamos ubicar los autores intelectuales.

3.1.1.3. PARTICIPACIÓN

En primer lugar, se debe tener en claro que el autor o coautores no son siempre los únicos que intervienen en la comisión de un hecho delictivo, sino que pueden intervenir otras personas, a quienes se les otorga el título de partícipes. En sentido estricto, en nuestro ordenamiento jurídico el Código Penal, regula la participación en los artículos 24 y 25 de la parte general que reconoce a la instigación y complicidad, respectivamente como forma de participación.

3.1.1.3.1. INSTIGACIÓN

En el vocablo común, se entiende por instigación: inducir, incitar o provocar a que se haga algo, para VILLAVICENCIO TERREROS, lo define como la conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión, la resolución, de realizar un delito doloso concreto. Por ello, no es admisible hablar de una instigación imprudente a un delito culposo. La instigación tiene que ser a un hecho determinado y a una persona determina, de esta premisa resulta ser que la provocación, ni la apología del delito, jamás serían instigación.

Otro punto necesario que señalar es que el instigador debe carecer de dominio del hecho, pues si contara con este se debería pensar más en la figura de coautor, el partícipe llamado instigador debe determinar; es decir, inducir a un sujeto a cometer el tipo penal. Para PEÑA CABRERA, la inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por eso tiene que ser necesariamente dolosa. De ahí que se llama autor intelectual, pues es quien ha concebido realmente

el delito y se lo transmite a otra persona, el autor. Es decisivo originar la decisión al hecho del autor, no necesariamente dar origen al plan del hecho, toda vez que puede desviarse del plan criminal a otro más grave otorga de esta manera unas bases sólidas de lo que resulta ser la instigación en nuestro sistema penal.

Sentadas las bases, se podría definir a la instigación como aquella conducta activa que logra hacer surgir una decisión a un sujeto para realizar un delito doloso concreto. Es así que instigar es decidir o determinar a otro la ejecución del hecho punible, lo que significa que el instigado haya formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa del actuar del instigador.

3.1.1.3.2. COMPLICIDAD

El cómplice básicamente es todo aquel que colabora con otro para la realización de un delito doloso, la complicidad tan igual que la instigación constituyen una forma de participación en relación a que estos no cuentan con dominio del hecho. Esta complicidad no solo puede ser de forma material, sino también puede ser por medio de un apoyo intelectual. En la complicidad existe un problema específico: son las conductas neutrales (actos cotidianos, comportamientos jurídicamente neutrales, actos socialmente adecuados, actos de profesión o conductas reglamentadas) que se excluyen de la penalidad por complicidad. Este tipo de motivos se llaman riesgos permitidos, los cuales se encuentran plasmados en la teoría de imputación objetiva de ROXIN que no será motivo de análisis en la presente investigación.

Otro punto de importancia, como aspecto general de la complicidad, es que el cómplice debe actuar siempre dolosamente, no se admite complicidad culposa en un delito doloso o culposo; asimismo, el cómplice debe colaborar con un hecho doloso, por ello no se admite complicidad dolosa en un delito imprudente. El dolo en la participación siempre se referirá al acto de colaboración, sea significativo o insignificante, este será siempre doloso para que pueda existir complicidad.

Nuestro Código Penal Peruano distingue dos tipos de complicidad, la primera que es la complicidad primaria (aporte necesario) y la secundaria (simple cómplice).

3.1.1.3.2.1. CÓMPLICE PRIMARIO

El cómplice primario básicamente es todo aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. Se establecen dos elementos que caracterizan al cómplice inicial,

primero la intensidad objetiva del aporte al delito, este resultaría su indispensable uso para establecer el grado del aporte para poder considerarlo necesario y segundo, el momento que se presta la contribución, esto es que el aporte necesario solo podrá presentarse en la etapa de preparación, pues si este se otorga en el desarrollo del suceso con dominio del hecho, el supuesto cambiaría a coautor.

3.1.1.3.2.2. CÓMPLICE SECUNDARIO

El cómplice secundario es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, para analizar al cómplice secundario se debe preguntar, ¿qué es indispensable y qué no lo es? Para poder responder esta pregunta se debe uno trasladar al caso concreto y a los hechos materia de proceso.

En cuanto a la punibilidad que origina la complicidad, el Código Penal ha establecido que el cómplice primario será reprimido con la pena prevista para el autor, esto no significa que tendrá igual pena que el autor en sentencia, esto significará que se sentenciará su pena en relación a los marcos punitivos del autor; por su parte, el cómplice secundario se establecerá una disminución prudencial de la pena, sin embargo existen autores que señalan que esta disminución debe ser por debajo al mínimo legal.

3.2. TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Desde que ROXIN dio a voz populi en el Derecho Penal en 1963 el término infracción de deber, se inició una discusión moderna del tratamiento que tendría esta en las teorías de autoría y participación, pues en el contexto de una teoría dominante como es la Teoría del dominio del hecho apareció la categoría de infracción de deber, como lo explica CARO JOHN, existen tipos penales que no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que, dicho en términos más directos, solo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre por ejemplo en los delitos de corrupción de funcionarios en los que solo el intraneus puede ser autor. Es decir, en estos delitos no es el dominio del hecho lo que te convierte en autor sino más bien, el deber infringido como portador de un deber estatal o función específica.

Ahora bien, como ya se mencionó existen ciertos delitos no susceptibles a la teoría del dominio del Hecho, dichos delitos en la doctrina Alemana se llamaron delitos especiales (Sonderdelikte) muy distintos de los delitos comunes (Jodermannsdelikte).

La doctrina distingue a grandes rasgos los primeros de los últimos, que estos últimos pueden ser cometidos por cualquier, por el contrario en los delitos especiales existe un círculo cerrado de autores capaces de cometer el tipo penal, como es mencionado en los tipos penales de los delitos contra la administración pública el funcionario o servidor público.

Siendo esta teoría de gran trascendencia para el Derecho en Europa continental y Latinoamérica, bien dicho desde las palabras del doctor PARIONA ARANA Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber que la problemática de autoría y participación, encuentran una solución clara y convincente (Arana, 2011, pág. 71)⁴ pues por primera vez es posible sancionar a los extraneus de delitos especiales, de forma válida.

4.- CONCLUSIONES

Primera.- El mínimo desarrollo de la autoría y participación en la legislación nacional, entendida esta como Código Penal, ha permitido la inserción de diferentes teorías en autoría y participación, las cuales enriquecen el Derecho Penal Peruano, pero a su vez genera incertidumbre en situaciones de nueva naturaleza, al no encontrases amparados diferentes supuestos.

Segunda. - El Perú es pionero en el desarrollo de la autoría mediata, ello significó un punto de alta relevancia para el desarrollo del proceso del ex presidente Alberto Fujimori.

Tercera. - Los parámetros de disminución prudencial en la complicidad secundaria resulta ser muy ambigua, debiendo la legislación amparar una disminución basada en el actual sistema de tercios.

Cuarta. - La teoría de los delitos de infracción de deber ha permitido sancionar por primera vez a los llamados por la doctrina extraneus, ello coadyuvó a la justicia, en los delitos de corrupción de funcionarios públicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Exp N° 3086-99-LIMA (Corte Suprema 06 de 10 de 1999).
2. Arana, R. P. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber. Lima: Gaceta Penal.
3. Autoría y participación. (2010). REVISTA ANALISIS ESPECIALIZADO DE JURISPRUDENCIA.
4. Cabrera, L. h. (2006). El Derecho Penal Contemporáneo. Lima: Ara.
5. Caso Fujimori, Exp. 19-2011 (Sala Penal Especial).
6. Fierro, G. (1999). Teoría de participación criminal. Buenos Aires: Astrea.
6. Freyre, A. R. (2007). Derecho Penal Parte General. Lima: Rodhas.
7. Gimbernat, E. (1966). Autor y cómplice en el Derecho penal. Madrid: B de f.
8. Ignacio, B. G. (1999). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Praxis.
9. Jescheck, H.-H. (1981). Tratado de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Bosch.
10. Jhon, A. C. (2009). Problemas Fundamentales de la parte General del Código Penal. Lima: Pucp.
11. Mont, M. G. (1984). Etapas de la ejecución del delito, Autoría y participación. Santiago: Jurídica de Chile.
12. Olivares, G. Q. (1992). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Aranzandi.
13. Piug, S. M. (2004). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppetor.
14. Pozo, H. (2005). Manual de Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley.
15. Sanchez, J. R. (2014). Autoría y participación en el delito. Lima: Gaceta jurídica.
16. Sanchez, N. S. (2005). Dogmática actual de autoría y participación criminal. Lima: Grijley.
17. Terreros, F. V. (2006). Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley.
18. Welzel, H. (1976). Derecho Penal Alemán Parte General. (J. B. Yañez, Trad.) Santiago: Jurídica de Chile.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y EFICIENCIA: APUNTES SOBRE COSTOS DE TRANSACCIÓN

CIVIL RESPONSIBILITY AND EFFICIENCY: NOTES ON TRANSACTION COSTS

Enlil Iván Herrera Pérez

Profesor en materias de Teoría General del Derecho y Derecho Privado, Universidad Latinoamericana Cima. Maestro en Derecho por la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna. Socio dell'Istituto giuridico internazionale di Torino – IgiTo (IT). Director Ejecutivo del Instituto de Investigación Jurídica Ius Novum, Tacna (PE).

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- 3.- COSTOS DE TRANSACCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- 4.- UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LOS PUNITIVE DAMAGES

RESUMEN

Es innegable la sinergia que alcanzan el Derecho y la Economía, así como la utilidad que presta el Análisis económico del Derecho para el análisis, comprensión e incluso la argumentación de un modelo normativo. El presente ensayo está enfocado en la maximización de la eficiencia de la responsabilidad civil y las alternativas (así como respectivos riesgos) para la regulación de costos de transacción en búsqueda del logro de dicho objetivo. Para dicho propósito, este ensayo es formado por apuntes preliminares sobre el tema que culminan en una reflexión sobre los riesgos de los *punitive damages* como alternativa para lograr incentivos y así propiciar la implementación de un modelo económico de responsabilidad civil.

Palabras Claves: Análisis económico de Derecho, costos de transacción, responsabilidad civil, *punitive damages*.

ABSTRACT

It is undeniable the synergy between Law and Economy, as well as the utility that the Economic Analysis of the Law offers for the analysis, understanding and even argumentation of a normative model. The present essay is focused on the maximization of the efficiency of the tort law and the alternatives (as well as respective risks) for the regulation of transaction costs in pursuit of achievement this objective. For this purpose, this essay is based on preliminary notes that culminate in a reflection over the risks of the concept of punitive damages as an alternative to achieve incentives for promote the implementation of an economic model of tort law.

Key word: Economic analysis of law, transaction costs, tort law, punitive damages.

1.-INTRODUCCIÓN

Como todo en el Derecho, el tema a presentarse es controvertido y las posiciones sumamente discutibles, y es que no hay una "verdad" en el Derecho como tal, sino que el propio Derecho

implica un concepto multívoco. ¿Es malo ello? De ninguna manera, al contrario, parece ser algo atractivo que tiene el Derecho, motivo de desacuerdos, pero al mismo tiempo motivo de diálogo y desarrollo de ideas.

¹ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Economic Analysis of Law* (Amsterdam: Elsevier B. V., 2002).

² Richard Posner, *El análisis económico del Derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 2007).

³ Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1970).

⁴ Ronald Coase, "El problema del costo social", *Estudios Públicos* 45 (1992): 81-134.

⁵ Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2007). Cfr. William Landes & Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1987).

⁶ En ese sentido Shavell habla acerca de la contributory negligence, como aquella conducta negligente en la que incurrir muchas víctimas y que no es socialmente deseable así, por ejemplo, un peatón que no tome las precauciones mínimamente exigibles incurriría en responsabilidad tanto como el agente dañador, incluso llegando a librarlo de la misma dependiendo de las circunstancias del caso.

⁷ Mitchell Polinsky & Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", *Harvard Law Review* 111(4): 869-962.

⁸ Steven Shavell, *Ob. Cit.*, p. 265.

⁹ Cfr. Richard Posner, *Ob. Cit.* 2007.

¹⁰ La plausibilidad de los costos de información, negociación y de ejecución o monitoreo dependen de la determinación y estabilidad de factores vinculados a los mismos. Cfr. Richard Posner, *Ob. Cit.* 2007.

¹¹ Richard Posner, *Law and Legal Theory in England and America* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

¹² Ernst Weinrib, *La idea del Derecho privado* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 166.

¹³ Es por estos detalles que la propuesta normativa del análisis económico del Derecho llegaría a ser cuestionada como una teoría incompleta, aunque no pueda negarse su utilidad instrumental. Cfr. Jules Coleman, "The Economic Structure of Tort Law", *Faculty Scholarship Series* 97, (1988): 1233-1253.

¹⁴ Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Ob. Cit.*

El objetivo del presente ensayo, sin ser de ninguna manera concluyente, es presentar algunos apuntes sobre los costos de transacción en la responsabilidad civil y los peligros de un enfoque reduccionista sobre los *punitive damages* como alternativa para crear incentivos sobre las acciones de responsabilidad civil.

Para tal efecto conviene, en primer lugar, exponer en forma sucinta la propuesta del análisis económico del Derecho de la responsabilidad civil, para luego explicar los costos de transacción en la responsabilidad civil, y finalmente persuadirlos de una primera idea que gira en torno a considerar que los *punitive damages* constituyen la alternativa más lesiva para la eficiencia de la responsabilidad civil y, por ende, execrable.

2.- EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Pese a que el concepto de Derecho sea multívoco, uno de los elementos comunes entre las diversas concepciones alude a la regulación de la conducta humana, elemento que es común con otras disciplinas de carácter científico, siendo una de ellas la economía, la cual resulta de plena utilidad en la comprensión, análisis y construcción normativa de un sistema jurídico.

Un análisis económico nos permitirá, entonces, enfocarnos en conductas resultantes y su deseabilidad social¹, todo ello para la eficiencia en el logro de objetivos planteados que varían según autores, podríamos señalar como objetivos la maximización de la riqueza según Posner², la disuasión general de conductas socialmente no deseadas según Calabresi³ o, la maximización del bienestar social en términos de Coase⁴.

Eficiencia que depende de lo que Coase denominará como *costos de transacción*, los cuales constituirán el contenido para el análisis costo-beneficio de un resultado esperado, y que implicarán la deseabilidad de tal resultado mediante la realización de determinada conducta si el beneficio esperado es menor a los costos que implica realizar determinada conducta.

Existirá eficiencia si todos los recursos están distribuidos sin que se desaproveche alguno y sin que mejore la situación de nadie sin empeorar la de alguien. Ergo, la eficiencia del Derecho de daños estaría vinculada a la minimización de los costos de daños al ser producto de conductas indeseables –*que pueden ser el causar el daño o simplemente el no prevenir un suceso dañoso*.

Si nos centramos en la propuesta normativa del Análisis Económico del Derecho, entonces el

único objetivo de la responsabilidad civil será ser eficiente; ¿de qué manera? Desalentando la causación del daño o simplemente la falta de prevención o diligencia⁵. Una propuesta cuya utilidad metodológica es innegable.

La propuesta normativa que realiza el Análisis Económico del Derecho sobre la responsabilidad civil será el orientarla a establecer “incentivos para la seguridad”, entendiéndose por seguridad aquel estado que puede lograrse mediante la adopción de conductas diligentes y eficientes por parte de los actores de la sociedad, que potencialmente podrían convertirse tanto en víctimas como en agentes dañadores, sin ignorar a ninguno⁶.

Sin embargo, esta propuesta también tendría un enfoque remedial, pues no sólo puede centrarse en la precaución del daño cuando en la realidad muchos de los daños ocurren sin haberlos prevenido, de ahí es que se explicaría –en términos iuseconómicos- el derecho a ser compensado: como un incentivo para la adopción de medidas precautorias.

Si tenemos que cierta empresa de caucho enfrenta un 25% de probabilidades de pagar una indemnización por 1000 dólares, cuyo coste probabilístico esperado sería de 250 dólares, indemnización que podría evitar si adoptara medidas de prevención con un valor de 100 dólares. Considerando ello, es posible decir que la empresa adoptará dichas medidas por 100 dólares puesto que es más beneficioso invertir 100 en precauciones que tener un costo esperado de indemnización de 250. Esta es la fórmula de Hand, que indica que si el daño esperado es superior al costo de prevención entonces estamos frente a una conducta negligente, puesto que, si el costo de prevenir dicho daño esperado es menor ¿no sería lógico que se adopten las medidas de prevención?

La idea del enfoque remedial de la responsabilidad civil, entonces, es que se establezcan incentivos para la adopción de medidas precautorias: que logramos a través de la existencia de un costo esperado de indemnización, sin embargo, la situación no es tan simple como se plantea en el ejemplo, y es que incluso este costo esperado de indemnización depende de diversos factores adicionales.

3.- COSTOS DE TRANSACCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para Shavell, una de las condiciones para la aplicación del modelo normativo propuesto es la participación del Estado en relación al establecimiento de los costos esperados de indemnización, participación la cual depende del

accionar de la propia víctima, si nos colocamos bajo una perspectiva remedial.

Bajo la misma perspectiva económica, podría señalarse que este accionar se realizará en cuanto los beneficios que repute ello sean mayores a los costos que implique tomar las medidas legales del caso.

El ejemplo planteado de la empresa de caucho nos permite realizar una primera crítica al respecto: no es necesario que se condene a la empresa por 1000 dólares, la responsabilidad civil cumpliría con el objetivo propuesto de disuadir la conducta negligente del agente dañador con cualquier condena superior a los 400 dólares ¿por qué? Porque si imponemos una condena de 404 dólares, recordando que existe un 25% de probabilidades de pagar dicha condena, el costo esperado sería de 101 dólares y el costo por adoptar medidas de prevención (100 dólares en el ejemplo) seguiría siendo menor. Por tanto, basta imponer una indemnización superior a los 400 dólares para lograr el objetivo disuasivo. En este punto, podemos percibir un primer problema en la cuantificación de los daños que no es satisfecho por el Análisis Económico del Derecho en cuanto únicamente nos enfoquemos en el agente dañador.

Y es que, la condena pecuniaria es inferior al daño existiría insatisfacción en relación a la víctima del daño, por lo que, a pesar de que no sea necesario en todos los casos establecer una condena equiparable al daño causado para generar incentivos precautorios, no es plausible proponer una condena cuya cuantificación sea inferior al daño causado.

Al contrario, siendo que una de las variables que afectan los costos de los daños causados es la probabilidad de condena. Ante ello, Polinsky & Shavell⁷, en *Punitive Damages: An Economic Analysis*, argumentan la necesidad de regular esta variable en términos remediales.

Imaginemos entonces que una empresa minera enfrenta un escenario en el que existe un 1% de causar un daño de 1'000,000 dólares (hasta este punto tendríamos un costo esperado de 10,000 dólares), pero que, a su vez, existe tan sólo un 10% de que la empresa sea condenada, en este caso, el costo esperado de indemnización será entonces de 1,000 dólares, por tanto, el individuo sólo tomará medidas precautorias para evitar dicho daño, cuando dichas medidas sean inferiores a 1,000 dólares, un monto ínfimo en relación a la probabilidad de que el daño acontezca.

Para mitigar este riesgo de ineficiencia, Polinsky &

Shavell argumentan por equiparar la probabilidad lejana de una condena (10% en el ejemplo) a una probabilidad efectiva de la misma (100%), resultado al cual llegaríamos multiplicando por 10 la probabilidad de condena. El resultado en la condena sería el siguiente: el agente dañador será condenado a 1'000,000 dólares por concepto de daños compensatorios, y por 9'000,000 dólares por concepto de daños punitivos, haciendo un total de 10'000,000 dólares, lo que supone diez veces el valor del daño y al mismo tiempo (según los ius economistas) una disuasión óptima. De ahí que se vincule la idea de “daños punitivos” con la de “daños ejemplares” (exemplary damages).

La interrogante que surge es la siguiente: ¿por qué la víctima merece que se integren 9'000,000 de dólares a su patrimonio? ¿cuál es el fundamento de este enriquecimiento (pues el daño ya habría sido “compensado” con el millón de dólares)? El dinero bien podría ir a un fondo social o simplemente considerarse como una multa administrativa. Hoy en día este incómodo cuestionamiento ha impulsado a que en el common law americano se destine un porcentaje de la condena a manos del Estado. ¿Y el resto del porcentaje? Se entiende como una “recompensa” y como uno de las alternativas de incentivos para el accionar de las víctimas contra los agentes dañadores.

Accionar que, aunque necesario, depende de diversos factores, en palabras de Shavell:

“Entonces será socialmente deseable que las víctimas accionen contra sus agresores si y sólo si los beneficios sociales asociados superan los costos administrativos.”⁸

Estos costos administrativos implicarán a su vez costos legales y no-legales, implicando los últimos costos como tiempo, esfuerzo, angustia por la ansiedad e incertidumbre, entre otros. Y los primeros constituidos por la estructura del propio sistema jurídico.

Estos costos administrativos legales irán desde la rigurosidad de los requisitos exigidos para accionar un caso de responsabilidad civil, las reglas del proceso que se inicia por dicho accionar, y los resultados esperados. Minimizar los requisitos para emprender una acción por responsabilidad civil reducirá, entonces, los costos administrativos; simplificar el procedimiento (número de actuaciones, plazos, entre otros) de una acción de responsabilidad civil, también, reducirá los costos administrativos; y, una tercera situación que podemos colocar como ejemplo que no solo repercute en la conducta del potencial accionante, sino del propio agente dañador: la predictibilidad judicial.

Si las reglas en el establecimiento de responsabilidad civil son lo suficientemente claras, además de la cuantificación de los daños ocasionados, entonces los costos de transacción⁹ podrán ser mejor determinados y propiciado estabilidad en el análisis de eficiencia y la adopción de conductas¹⁰. Por el contrario, no será eficiente la existencia de indeterminación de los costos administrativos, por más que en ciertos casos puedan ser mínimos, pero que en otros no.

Imaginemos que un conductor le causa daños a la propiedad de un peatón por 1000 dólares, en primer lugar, comúnmente dicho el peatón no exigiría menos de esos 1000 dólares, y sería normal que cualquier persona deseara recuperar ello. Pero, sabiendo que el conductor no desea negociar al respecto, accionar judicialmente no siempre será una conducta deseada por todo conductor, y es que, si para accionar debe contratar a un abogado pagándole 1000 dólares, además de unos 500 dólares en aranceles judiciales, esperar dos años, para que en la sentencia sólo se ordena el pago de 1000 dólares ¿cuál sería el incentivo? Siendo que el costo (una pérdida de 1000 dólares por el daño, el pago de 1000 dólares por los honorarios del abogado, dos años de tiempo y esfuerzo, de angustia y ansiedad) es superior al beneficio (1000 dólares de condena a favor del peatón) sería sumamente difícil que un peatón accione contra el conductor que le causó el daño. El sistema procesal contesta esta situación bajo una regla –que incluso no siempre se cumple: el perdedor debe pagar las costas y costos del proceso, y, por tanto, en el ejemplo, la condena no debería ser menor a 2500 dólares.

Ahora, imaginemos un caso más complicado, un conductor causa daños corporales a un peatón, dejándolo con invalidez permanente, en este escenario la cuantificación de dichos daños será problemática, en el caso Yuli Guillen Valer c. Expreso Antezana Hermanos Sociedad Anónima (Casación N° 1363-2014-Huancavelica, 2015) las Cortes peruanas, adicionalmente a la cuantificación en base a los gastos médicos y lucro cesante, establecen que el daño moral causado a la persona (por invalidez permanente) se cuantificaba en S/. 250,000.00, pero en el caso Lizardo Juan Figueroa Villanueva c. Empresa Pan American Silver (Exp. N° 1897-2011, 2012) ante la Corte Superior de Justicia de Tacna, se estableció que el daño moral por invalidez permanente se cuantificaba en S/. 15,000.00, lo que representa una disparidad de más de un 1666.6% de diferencia, que puede representarse en la siguiente información al peatón en el ejemplo: “puede que el daño que te causaron se valore en S/. 250,000.00 como en S/. 15,000.00, a ciencia

cierta no sabemos qué dirá el juez”. Además de ello, el pago de aranceles varía dependiendo del número de actuaciones, la necesidad de impugnar resoluciones judiciales, solicitar medidas cautelares, entre otros. Pero no solo es esto, sino también la duración del proceso, y es que hoy en día las estimaciones de la duración de un proceso son también distantes, teóricamente un proceso no debería durar más de medio año, sin embargo en la práctica los mismos no duran menos de un año y otros hasta superan los 5 años, lo que se traduciría en la siguiente información dada al peatón de nuestro ejemplo: “puede que tu proceso judicial dure un año como puede ser que se extienda hasta 5, a ciencia cierta no sabemos cuánto durará”.

La indeterminación de estos costes de transacción afectará la decisión que puedan tomar los agraviados de un daño, pues no permiten realizar un adecuado análisis costo-beneficio, lo que afecta la eficacia del modelo económico propuesto de la responsabilidad civil.

4.- UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LOS PUNITIVE DAMAGES

Tal como se señaló, hoy en día se justifica a los punitive damages como un incentivo para las acciones de responsabilidad civil, con lo que –se puede inferir- se intenta lidiar con el problema de indeterminación informativa de los costos administrativos legales. Sin embargo, el asunto no es tan simple como introducir un concepto de “premio”.

Para el funcionalismo el Derecho privado, y dentro del mismo la responsabilidad civil, es simplemente un medio por el cual se realizan objetivos independientemente justificables, y surge como una manifestación jurídica de dichos objetivos.

Es bajo esa perspectiva que se explican ciertas posiciones del Análisis Económico del Derecho que llegan al punto de sostener –parafraseando a Posner¹¹- que “sea derecho civil, penal, de daños, o contractual, lo que hacen todas las ramas es sencillamente ponerle un 'precio' a una conducta a fin de desalentarla o por lo menos regularla”, por tanto, detrás de una construcción conceptual de un Derecho civil o un Derecho privado, tenemos sencillamente herramientas.

En ese sentido, los propósitos usualmente atribuidos a la responsabilidad civil van desde la compensación, la disuasión óptima, el castigo o punición, entre otros que en realidad son unilaterales.

Si nos enfocamos en la compensación entonces nuestro enfoque está únicamente centrado en la víctima del daño y sus necesidades; pero esto puede ser realizado a través de mecanismos distintos al de la responsabilidad civil, mediante el Derecho administrativo podríamos formar un fondo de compensación público que podría atender las necesidades de la víctima y ya. Incluso en nuestro país existe normativa que, en caso de accidentes de tránsito en carreteras, si no se puede acreditar quién es el agente dañador, el Estado tiene un fondo para indemnizar a las víctimas de estos accidentes.

Si nos enfocamos en la disuasión, entonces nos estamos enfocando únicamente en la desincentivación de ciertas conductas socialmente no deseables. Si nos enfocamos en el castigo, nos estamos enfocando únicamente en la conducta antisocial y su carácter incorrecto o injusto. Y en ambos casos, el Derecho Administrativo Sancionador o el Derecho Penal a través de multas u otro tipo de sanciones podría lograr estos objetivos con la misma eficiencia requerida.

El problema de centrarnos en estas funciones es que el enfoque de las mismas implica una construcción incompleta y hasta incoherente con la idea fuerte del Derecho privado. La concepción de la responsabilidad civil desde el Derecho privado aludirá a enfocarse al mismo tiempo y sin exclusión alguna en el agente dañador, la víctima, y la ganancia y la pérdida injustas. Para Ernest Weinrib los elementos del Derecho de daños pueden representarse en una moneda de dos caras que no pueden separarse, y que están unidas y componen una existencia.

Y la única fuente remedial coherente a estos efectos, es la justicia correctiva. Partimos de una idea de que cada uno de nosotros goza de una esfera de autonomía que nadie debe “invadir”, lo que genera un equilibrio entre las partes. Un equilibrio que se rompe al existir una ganancia injusta y al mismo tiempo una pérdida injusta de una persona sobre la esfera de autonomía de otra. Ganancias y pérdidas que, en primer lugar, son normativas, y que además pueden ser materiales. Lo que la justicia correctiva plantea es precisamente corregir la desigualdad provocada. En ese sentido Weinrib argumenta que:

“Con la producción del daño injusto, el único modo en que el demandado puede cumplir con su obligación respecto al derecho del demandante es deshacer los efectos de ese incumplimiento de deber. (...) Así, el derecho de daños sitúa al demandado bajo la obligación de retornar al demandante, en la medida de lo posible, a la

condición en la que hubiera estado en caso de que el injusto no se hubiera cometido.”¹²

Haciéndose la aclaración de que, de ser el caso, la ganancia normativa del agente dañador fuese mayor a la cuantificación del daño causado, lo que se impondría, para reestablecer el estado de igualdad, no serían daños punitivos puesto que los tales son incompatibles con la justicia correctiva, toda vez bajo tal perspectiva la responsabilidad extracontractual tiene una finalidad compensatoria y de ningún modo una “punitiva” (de ello bien podría ocuparse el derecho administrativo o el derecho penal).

Aun así, algunos podrían argumentar que, a pesar de, sería necesario ponderar esta situación y aceptar los *punitive damages* con la finalidad de dar solución al problema de indeterminación de los costos de transacción, pues, en suma, incluso la justicia correctiva que propone Weinrib no se realizaría sin el accionar de la víctima del daño.

Sin embargo, existen diversos cuestionamientos que giran en torno a los *punitive damages* que no parecen tener una respuesta satisfactoria¹³, puesto que, si buscara incentivar el accionar de las víctimas, tendríamos que disminuir en 1, o aumentar en 1 (y no en un millón si continuamos en el ejemplo de la minera), el costo-beneficio respectivamente.

Incluso en el argumento de Polinsky & Shavell¹⁴, el Análisis Económico del Derecho no ofrece respuesta que explique las razones por las que la víctima, o quien sea el primero en accionar, merezca el denominado “premio” a costas del agente dañador, dicho monto bien podría ir al tesoro del Estado, o a un fondo público que tenga una finalidad determinada pudiendo ser, una de tales, el servir para compensar a otras víctimas en circunstancias especiales, sin embargo, en estos casos el ámbito al cual pertenecerían estos montos indemnizatorios no sería ya propiamente de la responsabilidad civil, sino del Derecho administrativo o incluso del Derecho penal.

Ahora bien ¿por qué constituirían los *punitive damages* la alternativa más lesiva? Por enfocarse únicamente en la conducta ilícita y no sobre la complejidad de la relación jurídica formada por dicha conducta, en la cual existen al mismo tiempo una víctima y un agente dañador, y al mismo tiempo un daño causado y un daño recibido. Condenar con un monto económico que va más allá de la compensación por el daño en forma específica, implica el empeoramiento de la situación en la que está el agente dañador, y no sólo la corrección de la ganancia/pérdida ilícita. Es por ello el argumento del enriquecimiento injusto como límite a aquellas condenas subjetivas que

van más allá del solo objetivo compensatorio.

Bajo este principio, el enfoque prioritario no estaría en propiciar “premios económicos” a las denominadas “víctimas”, sino en desbloquear el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, en la implementación del sistema para lograr la resolución de casos en plazos razonables, en

propiciar la predictibilidad de las sentencias en cuanto a la determinación de daños tutelables y la cuantificación de los mismos, y en una comunicación clara de las decisiones judiciales, alternativa cuya implementación es, sin duda, compleja, pero que no son lesivos a los derechos de las personas para el logro de la eficiencia de un sistema de responsabilidad civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
2. Casación N° 1363-2014-Huancavelica. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 22 de Mayo de 2015).
3. *Cassell and Co. Ltd. v. Broome and another*. [1972] UKHL 3 (House of Lords, February 23, 1972).
4. Coase, Ronald, “El problema del costo social”, *Estudios Públicos* 45 (1992): 81-134.
5. Coleman, Jules, “The Economic Structure of Tort Law”, *Faculty Scholarship Series* 97, (1988): 1233-1253.
6. Exp. N° 1897-2011. (Corte Superior de Justicia de La Libertad, 14 de Setiembre de 2012).
7. Kaplow, Louis & Shavell, Steven, *Economic Analysis of Law*, Amsterdam: Elsevier B. V., 2002.
8. Landes, William & Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.
9. Papayannis, Diego M. *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
10. Polinsky, Mitchell & Steven Shavell, “Punitive Damages: An Economic Analysis”, *Harvard Law Review* 111(4): 869-962.
11. Posner, Richard, *El análisis económico del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
12. Posner, Richard, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
13. *Rookes v. Barnard*. [1964] UKHL 1 (House of Lords, January 21, 1964).
14. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
15. Weinrib, Ernest, *La idea del Derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2018.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA, COMO INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA CIUDADANA

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AND TRANSPARENCY, AS CITIZENS 'SURVEILLANCE INSTRUMENTS

Rolando José Balarezo Plata

Abogado, Magister en Derecho Constitucional, egresado y aspirante a Maestro en Gestión Pública, Máster en Gerencia Pública por el European Centre of Innovation and Management – EUCIM de España, Graduado del Programa de Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública 2014 de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP y The George Washington University. Comisionado de la Defensoría del Pueblo en Perú, durante 9 años, en la actualidad a dedicación exclusiva a la Docencia Universitaria en pre y post grado.

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- VIGILANCIA CIUDADANA
- 3.- TRANSPARENCIA
- 4.- ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad exponer dos mecanismos de participación ciudadana: La Transparencia y Acceso a la Información Pública. Se esboza en cuatro momentos; el primero busca ubicarnos en un contexto determinado donde la corrupción objetivamente crece día a día; luego de ello, expresamos las principales características de la vigilancia ciudadana y rol como derecho y deber de todos. Culminando la parte introductoria y de análisis de lo que significa la vigilancia ciudadana, pasamos a exponer los elementos esenciales del principio constitucional de transparencia: los portales de transparencia del Estado y el derecho constitucional de acceso a la información pública, en específico desarrollando la premisa constitucional.

Palabras Claves: Información pública, vigilancia ciudadana, acceso a la información pública, transparencia, portales de transparencia, costo de reproducción, deber de motivación, excepciones, corrupción.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present two mechanisms of citizen participation, such as Transparency and Access to Public Information, which is outlined in four moments, the first seeks to locate us in a specific context where corruption objectively grows day by day; After that we expressed the main characteristics of citizen vigilance and role as a right and duty of all. Culminating the introductory part and analysis of what citizen surveillance means, we will now expose the essential elements of the constitutional principle of transparency, such as the State transparency portals, and the constitutional right of access to public information, specifically developing the constitutional premise.

Key word: Public information, citizen vigilance, Access to public information, transparency, transparency portals, reproduction cost, duty of motivation, exceptions, corruption.

1.-INTRODUCCIÓN

En la actualidad las cifras no mienten, según el mapa de la corrupción emitido por la Defensoría del Pueblo en mayo de 2019, pasamos de 32925 a 40759 procesos sobre corrupción de funcionarios entre los años 2016 al 2018. Situación preocupante al tener, por demás entendido, los esfuerzos que el Estado, desde el año 2001, viene realizando para mitigar a la corrupción. En septiembre de 2017 se aprueba, vía D.S. 092-2017-PCM, la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, instrumento que sustituye al D.S. 027-2007-PCM sobre las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento. En este contexto se publica en abril de 2018 el

D.S. 044-2018-PCM que aprueba el “Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción 2018-2021”, en este se consideran como objetivos: Garantizar la transparencia y el acceso a la información pública en las entidades del Estado, y consolidar una gestión de información integrada para la prevención de la corrupción en la administración pública, esto dentro del enfoque para prevenir la corrupción y en el eje para fortalecer la capacidad preventiva del Estado frente a los actos de corrupción. Por ello, podemos colegir que la transparencia y acceso a la información pública resultan ser elementos esenciales en la lucha contra la corrupción, ejerciendo consecuente y plenamente nuestro deber de vigilar al Estado como ciudadanos.

La Visión del Perú al 2050 aprobada en abril 2019 por el Foro del Acuerdo Nacional, cree en un Estado moderno, eficiente, transparente y descentralizado que garantice una sociedad justa e inclusiva, sin corrupción y sin dejar a nadie atrás; un reto que nos corresponde asumir a todos los peruanos y preguntarnos si el camino en el cual nos encontramos, conduce a este objetivo. El presente trabajo hará una síntesis de los temas planteados con la finalidad de tener una idea, al menos general, sobre estos mecanismos para la lucha contra la corrupción.

2.- VIGILANCIA CIUDADANA

El artículo 2 inciso 17 de nuestra actual Constitución, sobre la vigilancia ciudadana señala: "(...) A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum"; asimismo el artículo 31°: "Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas (...)". Encontramos normas específicas en nuestra legislación que regulan la participación y consecuentemente la vigilancia como, la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley N° 26300 modificada por Ley N° 29313), Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783), Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N° 27867) y la Ley Marco del Presupuesto Participativo, su reglamento y el instructivo para el presupuesto participativo (Ley 28056). Las principales formas o mecanismos de vigilancia son el presupuesto participativo, la demanda de rendición de cuentas, el referéndum, la revocatoria y remoción de autoridades, los consejos de coordinación regional, provincial y distrital, y por demás obvio el acceso a acceso a la información pública.

Propuesta Ciudadana (2011) define a la vigilancia ciudadana como un mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos y ciudadanas intervenimos en la gestión pública, con el fin de contribuir a que ésta sea más transparente y democrática, asimismo considera que su principal objetivo es controlar la eficiencia la legalidad y la transparencia de las acciones de las autoridades y funcionarios/as de las entidades públicas.

Estamos de acuerdo con la posición adoptada por propuesta ciudadana, al precisar que la vigilancia ciudadana no puede entenderse como una labor

de fiscalización realizada por la sociedad civil, ya que ésta resultan ser procedimientos regulados por Ley y realizados al interior del Estado por sus propias Entidades como por ejemplo la Contraloría General de la Republica, Ministerio Público, Órganos de Control Institucional, entre otros y que posibilitan una sanción; a diferencia de la Vigilancia Ciudadana que resulta ser una labor preventiva más que sancionadora donde la sociedad civil "hace sonar la alarma" dando a conocer el inactuar de lo público.

En este sentido la sociedad civil para ejercer la vigilancia ciudadana hace uso entre otros mecanismos, de la transparencia y acceso a la información pública, el primero de éstos entendido como aquella posición activa del Estado en la entrega de información donde sin que la sociedad le requiera el Estado informa sobre su actuar, y la segunda resulta ser la posición pasiva del Estado, donde éste se encuentra a la espera de los pedidos de la ciudadanía para entregar información. Los cuales desarrollaremos a continuación.

3.- TRANSPARENCIA

La transparencia es un principio de relevancia constitucional implícito en el modelo de Estado democrático y social de derecho, la administración pública cuya premisa es la publicidad de sus actos, asimismo la información entregada debe ser accesible, relevante, confiable, de calidad, comprensible y oportuna (STC 00565-2010-HD, Fundamento 5), también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado: "... el Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si están dando una adecuado cumplimiento de las funciones públicas". (Caso Claude Reyes y otros, Fundamento 86).

La transparencia puede convertirse es un despropósito, y perder toda su esencia cuando es utilizada sin un control debido, el Estado Peruano en los últimos 10 años gastó un total de S/. 2, 744, 784, 185 (dos mil setecientos cuarenta y cuatro millones, setecientos ochenta y cuatro mil ciento ochenta y cinco soles) en publicidad. El Tribunal Constitucional en la STC 0012-2018-AI Fundamento 139 señala:

El Tribunal advierte que el uso desmedido del presupuesto público para fines publicitarios puede generar una legítima preocupación por parte de la

ciudadanía, más aún si lo que es objeto de disposición es una parte significativa del mismo. Esto es todavía más cuestionable si es que la información que brinda el Ministerio de Economía y Finanzas no aparece debidamente desglosada, a fin de permitir identificar cuáles fueron los gastos concretos en cada rubro, lo que ciertamente dificulta las labores de fiscalización que realizan otras entidades. La adopción de esta clase de medidas optimizaría el uso de fondos estatales para difundir publicidad estatal sin que se permita o faculten ciertos actos de proselitismo o de subordinación por parte de las autoridades políticas de turno.

Uno de los principales mecanismos para efectividad del principio de transparencia en el Estado, son los Portales de Transparencia, los cuales encontraron por primera vez su desarrollo en el artículo 6° del T.U.O. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806, así también es regulado por su reglamento aprobado por D.S. 072-2003-PCM y modificado por D.S. 070-2013-PCM, el D.S. 063-2010-PCM que aprueba la implementación del Portal de Transparencia Estándar en las Entidades de la Administración Pública, la Resolución Ministerial N° 200-2010-PCM que aprueba la Directiva N° 001-2010-PCM-SGP sobre lineamientos para la Implementación de los Portales de Transparencia Estándar y modificada por la Resolución Ministerial N° 252-2013-PCM.

El portal de transparencia del Estado Peruano (www.transparencia.gob.pe) encontramos una descripción de los principales rubros temáticos que deben estar presentes en el portal de transparencia de las Entidades Públicas de nuestro país, según el siguiente detalle:

Datos generales. - Aquí encontrarás el directorio de los funcionarios públicos, leyes, reglamentos, declaraciones juradas de los funcionarios y demás disposiciones legales que rigen y emiten las entidades.

Planeamiento y organización. - Aquí localizarás los instrumentos de gestión, planes y políticas, que regulan las actividades de la entidad.

Presupuesto. - Aquí hallarás los instrumentos de gestión, planes y políticas, que regulan las actividades de la entidad.

Proyectos de inversión e INFObras. - Aquí descubrirás información de los proyectos de inversión y obras públicas de la entidad y su ejecución.

Participación ciudadana. - Aquí encontrarás

información sobre presupuesto participativo, consejo de coordinación regional, audiencias públicas, entre otros.

Personal. - Aquí se publica la relación del personal contratado bajo cualquier modalidad.

Acceso a la Información Pública. - Aquí podrás realizar tus pedidos de acceso a la información pública, también encontrarás el formato de solicitud si prefieres presentarlo en físico.

Contratación de bienes y servicios. - Aquí localizarás información de las compras estatales, como pasajes y viáticos, uso de vehículos y publicidad.

Actividades oficiales. - Aquí descubrirás información de la Agenda Institucional de la entidad.

Registro de visitas. - Aquí se informan los datos de los visitantes a los funcionarios públicos, tales como día, hora y motivo de visita.

La Defensoría del Pueblo (2010) señala:

“Los portales de transparencia, o páginas web, son espacios virtuales en los que las entidades de la administración pública, incluidos los gobiernos regionales y locales, tienen la obligación de difundir información acerca de la gestión institucional y la labor que se encuentran realizando en beneficio de sus comunidades. (...), son importantes al ser herramientas mediante las cuales es posible conocer información acerca de la gestión de las instituciones públicas, ejercer el derecho de acceso a la información pública y ejercer el derecho de vigilancia ciudadana sobre los actos y la gestión de gobiernos regionales y locales” (p.8, 9).

Lamentablemente no existe una Entidad que, de manera específica, esté encomendada a vigilar el cumplimiento de la existencia, implementación y actualización de los Portales de Transparencia; en este sentido, la Defensoría del Pueblo acoge las diversas quejas de la ciudadanía sobre el posible incumplimiento, y monitorea, desde el año 2004, este instrumento. Esfuerzos similares son realizados por la Secretaría de Gestión Pública y la Contraloría General de la República.

La puesta en práctica del principio de transparencia coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado y, al mismo tiempo, constituye una herramienta efectiva contra la impunidad del poder permitiendo que el pueblo tenga acceso a la forma cómo se ejerce la delegación del poder (STC 00565-2010-HD, Fundamento 5). Entonces podemos continuar

afirmando que la transparencia contribuye a los fines preventivos que buscamos en el quehacer de lo público.

4.- ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El acceso a la información pública, como derecho constitucional encuentra su amparo en el artículo 2 inciso 5 de nuestra Carta Magna de 1993. Resultará extraño entender que es la primera expresión constitucional de este derecho; sin embargo, tenemos como antecedente normativo más lejano, a la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y realizada por el Estado Peruano en 1959, vía Resolución Legislativa N° 13282 del 09 de diciembre de 1959, donde el artículo 19° establece: "...el de investigar y recibir informaciones y opiniones...", si bien es cierto resulta algo simple la premisa, era la primera vez que se consideraba como un derecho a recibir informaciones. Es necesario recordar que, en nuestra Constitución Política de 1933, vigente en ese entonces, no se hacía referencia al lugar que ocupaban los tratados en nuestra legislación, empero podemos colegir en que el Estado Peruano como miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas y al haber ratificado este, se obligaba a su fiel cumplimiento.

La Constitución Política de 1993, en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública, según Abad (2010), precisa que el sujeto activo de este derecho es "toda persona", entendiendo que es posible que requiera información: un varón, una mujer, una persona jurídica, un menor de edad, un peruano o peruana, un extranjero; en síntesis, cualquier persona sin ningún tipo de distinción o característica especial. Tenemos de igual manera, al sujeto pasivo, que resulta ser las entidades públicas, o privadas que prestan un servicio público o ejercen función administrativa, sobre esto último, el artículo 2 del Texto Único Ordenado, en adelante TUO, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala que serán consideradas "entidades públicas" las establecidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

La premisa constitucional desarrolla 4 aspectos esenciales:

A. El primero, "la posibilidad de requerir información y obtener una respuesta, en un determinado plazo", tal como fue mencionado líneas arriba, cualquier persona puede hacer uso de este derecho sin restricción alguna y el

plazo debe ser cumplido según la norma así lo establezca;

B. El segundo, "sin expresión de causa", nos quiere decir que no existe la necesidad de motivar nuestras peticiones cuando estas requieran información pública. Al respecto en la STC 950-2000-HD/TC, señaló que: (...) otra característica del derecho de acceso a la información pública es la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información. Este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional, y en contra parte a esto, el mismo tribunal señala en la STC 6712-2005-HD-TC "No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo. Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación coactivan su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad."

C. El tercero, "con el costo de suponga el pedido"; efectivamente la reproducción de la información genera un costo, el mismo que debe ser asumido por quien solicita la información, premisa que resulta muy básica; sin embargo, en los últimos años este constituye uno de los más grandes obstáculos para el ejercicio pleno de este derecho. Así lo certifican los últimos Informes Defensoriales de la Defensoría del Pueblo (60, 96 y 165), sobre el particular tenemos dos aristas: la primera es el costo que las Entidades imponen a la reproducción y el segundo es algún costo adicional que la Entidad imponga como búsqueda, derecho de trámite, horas hombre, pasajes y traslado, entre otros. Sobre estos dos aspectos, tenemos dos curiosos y hasta jocosos ejemplos, La Municipalidad Distrital de Puyca (Región Arequipa) en su T.U.P.A. establecía la obligación de pagar S/. 400.00 soles por derecho de trámite de la solicitud de acceso a la información, y S/. 0.20 por cada copia simple; asimismo, El Gobierno Regional del Callao estableció en su T.U.P.A. un costo de S/. 0.50 por cada página. Igualmente diversas entidades públicas han establecidos costos

desproporcionados cuando el pedido de información es en un formato diferente como CD, planos, u otros mecanismos. En el mismo sentido de ideas, el Tribunal Constitucional en la STC 1912-2007-HD/TC, señaló:

Fundamento 4. El derecho de acceso a la información pública resultaría siendo ilusorio si el costo que se exige por la reproducción de la información representa un monto desproporcionado o ausente de un fundamento real. Ello ocasionaría el efecto práctico de una denegatoria de información, y con ello, lesivo de este derecho fundamental. Por tanto, este derecho puede también resultar afectado cuando el monto de reproducción exigido es desproporcionado o carece de fundamento real.

Fundamento 6. (...) para determinar cuándo se está ante una exigencia desproporcionada por el pago de la reproducción de información el baremo puede ser el precio que en el mercado se establece por dicho servicio. [...] cabe recordar que la Resolución Defensorial N° DP-2005-AAC-052 indica que, el precio en el mercado de las copias puede ser tomado como un precio de referencia para determinar cuándo la tasa que se pretende cobrar supone un costo adicional a los de reproducción [...]. Ello, en la medida en que, a diferencia de la actividad empresarial, el servicio prestado por las entidades no tiene un ánimo de lucro.

La Defensoría del Pueblo (2013) concluye que en los últimos diez años 2003-2013 se identificó mediante las quejas formuladas ante sus Oficina Defensoriales, algunos rangos de costos ilegales, y fue desarrollado en el siguiente cuadro:

COBROS ILEGALES O ARBITRARIOS	
Copias / material que contiene información	Costo (nuevos soles)
Copia simple	0.20 - 1.40
Copia fedateada o certificada	0.20 - 13.00
Copia certificada de expediente en trámite	0.40
Copia por planos	33.00
Costo de CD (donde se entrega información)	3.00 - 30.00
Costo de diskette (donde se entrega información)	3.00 - 15.00
Copias / material que contiene información	
Copia por hoja adicional	0.25 - 1.5
Formatos	
Formato de solicitud	0.50 - 5.00
Solicitud dirigida a jefe de entidad	1.00 - 12.77
Otros cobros	
Derecho de trámite	2.00 - 15.00
Derecho de desarchivamiento	35.00
Derecho de fólder	0.60
Derecho por página vía fax	15.00
Derecho por envío vía correo electrónico	40.00 ²
Derecho de servicios	1.00

Fuente: Muestreo profundo de quejas del SID 2013.
Elaboración: Defensoría del Pueblo.

D. El Cuarto, “exceptuando información que afecte la intimidad personal y otras expresamente excluidas por norma o por razones de seguridad nacional”; es indudable que el ejercicio de un derecho no puede significar la vulneración de otro, así también de otros intereses que el Estado desde su óptica le corresponde cautelar, nos estamos refiriendo a las excepciones al derecho al acceso a la información pública.

La idea de que el derecho de acceso a la información pública ni ningún otro derecho es absoluto se refleja bastante bien en el artículo XXVIII de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre cuando señala que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. (Defensoría del Pueblo, Curso Transparencia y Gestión Pública, Tema 4 El Derecho de Acceso a la Información Pública, 2010, p. 17)

El derecho de acceso a la información pública no es absoluto, pues tiene límites o excepciones para hacer compatible su vigencia con la de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos que tengan respaldo constitucional o hayan sido expresamente establecidos por ley. (Serie de Documentos Defensoriales – Documento N° 09, Lima, 2009, p. 67).

La STC 1219-2003-HD/TC señala: “... ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2° de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se puedan derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v.gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v.gr. la seguridad nacional), y siempre que estas hayan sido expresamente previstas por ley”.

Las excepciones contempladas en el T.U.O. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806, se encuentran establecidas en los artículos 15, 16 y 17, siendo la información secreta (ámbito militar e inteligencia), información reservada (ámbito policial y de relaciones exteriores) y confidencial (investigaciones en trámite, intimidad personal y familiar, secreto bancario, tributario, otros).

La Defensoría del Pueblo (2016) en el “Manual

para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información”, nos dice: “Para utilizar las excepciones de manera adecuada y, por ende, sin vulnerar el derecho de acceso a la información pública, es necesario tener en cuenta las siguientes reglas al momento de interpretarlas y aplicarlas. Conocido como principios, los cuales deben ser de cumplimiento, para el legislador cuando establece una excepción al derecho de acceso a la información, al funcionario administrativo o judicial cuando la interpretan, uno para clasificar la información y el otro para decidir sobre la constitucionalidad de esta clasificación. (Defensoría del Pueblo, Curso Transparencia y Gestión Pública, Tema 4 El Derecho de Acceso a la Información Pública, 2010, p. 17)

- Principio de legalidad; las excepciones solo pueden ser establecidas por una norma con rango de Ley, aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 73, Párrafo 89).
- Principio de taxatividad; las únicas excepciones al derecho de acceso a la información pública son las establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del T.U.O. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806. Por ello está prohibido interpretar de manera restrictiva una excepción ni aplicar la discrecionalidad o arbitrariedad para reservar documentos públicos.
- Principio de razonabilidad o proporcionalidad; La Defensoría del Pueblo (2010) afirma que: “La Ley que establece la excepción, además de regularla de manera taxativa, también debe satisfacer los tres requisitos que exige el principio de razonabilidad, según los cuales: (p. 19). La excepción debe perseguir un fin legítimo y, además, ser adecuada para conseguirlo. La excepción debe ser necesaria, entre todas las posibles restricciones al derecho de acceso a la información pública que resultan adecuadas para la protección de ese otro derecho fundamental o bien constitucional, se debe establecer la menos lesiva del derecho de acceso, la excepción debe ser proporcional, es decir, debe evitar un perjuicio a los bienes constitucionales que sería mayor que el provocado al interés público si se contara con la información solicitada.
- Principio de temporalidad, el artículo 20 del Reglamento de la Ley de Transparencia y

Acceso a la Información Pública aprobado por D.S. 072-2003-PCM y modificado por D.S. 070-2013-PCM nos dice: “La información clasificada como reservada debe desclasificarse mediante resolución debidamente motivada del Titular del Sector o Pliego, según corresponda, o del funcionario designado por este, una vez que desaparezca la causa que originó tal clasificación. En tal sentido, a partir de ese momento es de acceso público. (...)”

- Principio de información parcial o divisibilidad; La Defensoría del Pueblo (2010) afirma que: “Las excepciones al derecho de acceso a la información deben interpretarse de manera restrictiva; por eso, cuando un documento contiene información clasificada solo en una parte del mismo, la administración debe garantizar el acceso a la parte del documento que contenga la información permitida. Para ello se entiende que la entidad administrativa deberá adoptar las medidas que garanticen la entrega de aquella información que sí tiene carácter público, tales como el fotocopiado del documento tachado de aquellos datos que no son públicos. (p. 20). Conforme al artículo 19 del T.U.O. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806.

Para culminar las ideas centrales sobre las excepciones al derecho al acceso a la información pública tenemos la STC 1797-2002-HD (Caso Wilo Rodríguez), nos dice: “El funcionario administrativo que deniega la información solicitada sustentándose en la ley que regula las excepciones no debe olvidar que esta ley se resume inconstitucional debido a la calidad de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información pública. Por ello para levantar esta presunción, tiene la carga de probar que existe un “apremiante interés público” que la justifique.” De similar forma al funcionario judicial quien deberá realizar el examen de razonabilidad y verificar si la excepción cumple con ser adecuada, necesaria y proporcional.

Por ello, debemos entender que la regla general para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, es que toda la información que posee el Estado se considera pública, y solo una escasa o mínima cantidad de información, no lo es.

En el año 2001 mediante Decreto Supremo 018-2001-PCM y Decreto de Urgencia 035-2001, se regulaba el acceso a la información en poder del Estado e información sobre las finanzas públicas, norma que consideramos fue intrascendente y

que no cumplía a plenitud con el precepto constitucional. En el año 2002 se promulgó la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806 y vigente desde enero de 2003, por primera vez se daba una regulación y desarrollo extenso de este derecho, sin embargo, la Defensoría del Pueblo consideró que la norma establecía diversas restricciones, por ello interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos de la referida norma, empero, antes de obtener un pronunciamiento formal del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República emite la Ley N° 27927 que modifica la Ley 27806 en todos los extremos cuestionados y da lugar al TUO de la Ley 27806 aprobado por D.S. 043-2003-PCM.

La Defensoría del Pueblo (2005) al respecto señala:

“La Ley N° 27806, modificada por la Ley N° 27927, cuyo Texto Único Ordenado (TUO) fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril del 2003, ha sido fruto de un trabajo singular en el Congreso de la República, pues para su elaboración recibió y acogió sugerencias procedentes de diversas instituciones. A nivel de la sociedad civil, por ejemplo, el Consejo de la Prensa Peruana y el Instituto Prensa y Sociedad formularon importantes aportes. Asimismo, la Defensoría del Pueblo contribuyó a este esfuerzo con diversos informes y opiniones remitidos al Congreso de la República. Todo ello ha hecho que se trate de una norma que fomenta el acceso ciudadano a la información y la transparencia en las entidades públicas. Precisamente por ello, muchas de sus disposiciones han tratado de ser bastante detalladas, pues se ha pretendido impedir que la

“Cultura del Secreto” pueda ampararse en normas poco claras e imprecisas. (p. 15,16)

La norma, regulaba en su primera disposición transitoria y final la elaboración de un reglamento, que a consideración de la Defensoría del Pueblo (2005) no resultaba indispensable, pues la Ley es lo suficientemente precisa, sin embargo, se tomó la decisión de hacerlo (p. 16). El Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N° 27806 fue aprobado el 7 de agosto de 2003 mediante D.S. 072-2003-PCM y modificado 10 años después mediante D.S. 070-2013-PCM, estableciendo mayores precisiones al ejercicio de este derecho.

La Defensoría del Pueblo (2005) señala que: “la existencia de una duda razonable sobre si la información es pública o no lo es, debe presumirse lo primero. Con ello se pretende dejar atrás una tradición inversa, según la cual ante la duda el funcionario público prefiere no entregar la información solicitada o pedir autorización expresa para hacerlo”.

Dejaremos algunos puntos en el tintero, como son el desarrollo de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, las últimas modificaciones a la Ley N° 27806, el actual funcionamiento del Tribunal de Transparencia, la Ley de Protección de Datos Personales N° 29733 y su Reglamento, entre otras, la idea de las líneas precedentes fue procurar un entendimiento general sobre la necesidad de fortalecer al acceso a la información y la transparencia como instrumentos de vigilancia ciudadana y a su vez permita coadyuvar a la lucha contra el flagelo de la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Abad, Samuel (2010). Transparencia y acceso a la información pública. Tareas y retos pendientes. Lima
2. Defensoría del Pueblo (2001). El Acceso a la Información Pública en el Perú. Informe Defensorial N° 60, Lima.
3. Defensoría del Pueblo (2005). Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2004. Informe Defensorial N° 96, Lima.
4. Defensoría del Pueblo (2009). El derecho de acceso a la información pública. Normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. Serie de Documentos Defensoriales – Documento N° 9, Lima
5. Defensoría del Pueblo (2010), Curso Transparencia y Gestión Pública, Lima.
6. Defensoría del Pueblo (2010), Transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas. Conceptos básicos y propuestos metodológicos, Lima.
7. Defensoría del Pueblo (2011), Manual de consulta en materia de acceso a la información pública, Lima.
8. Defensoría del Pueblo (2013). Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013. Informe Defensorial N° 165, Lima
9. Defensoría del Pueblo (2016), Manual para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información pública, Lima.

